

Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile in Handelssachen

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
TEDDY SVATOPLUK STOJAN
von Zürich

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

1906

Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile in Handelssachen

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
TEDDY SVATOPLUK STOJAN
von Zürich

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

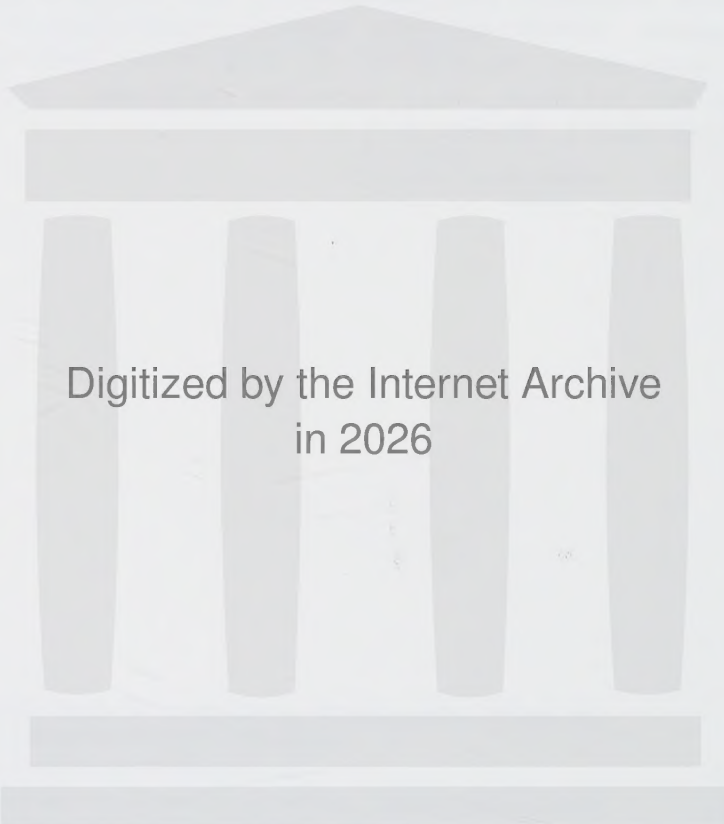
Zürich, den 3. Dezember 1986

Der Dekan:
Prof. Dr. Claudio Soliva

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Band 72 der Reihe
Zürcher Studien zum Verfahrensrecht
Herausgegeben von Mitgliedern der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich

Dank

Mein Dank gebührt allen, die mir bei der Ausarbeitung der vorliegenden Arbeit geholfen haben, insbesondere jedoch meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder sowie den Herren Kollegen Dres. Hans-Jürg Schürmann, Heribert Rausch und Hans J. Rohrer.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Vorwort

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer handelsrechtlicher Urteile im Inland, einem Thema aus dem internationalen Zivilprozessrecht. Trotz intensiver Verbindung der Schweiz mit dem Ausland und sich daraus ergebender Bedeutung des internationalen Rechtsverkehrs für unser Land ist dieses Rechtsgebiet ein Stiefkind der einheimischen Rechtswissenschaft geblieben. Die Darstellungen des internationalen Privatrechts erwähnen ausländische Urteile zumeist nur am Rande; das selbe tut die einheimische Zivilprozesslehre. Die Bedeutung des Themas für die Praxis ist unterschiedlich. In den Handelszentren wie etwa Zürich oder Genf steht die Vollstreckung ausländischer Urteile an der Tagesordnung, in einigen anderen Kantonen wurde seit Jahren kein ausländisches Urteil in Handelssachen mehr vollstreckt.

Die obgenannte Zurückhaltung des einheimischen Schrifttums hängt wohl nicht zuletzt damit zusammen, dass ein neues Gesetz, das Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) in absehbarer Zeit in Kraft treten soll und die bisher zum grossen Teil vom kantonalen Prozessrecht geregelte Materie auf Bundesebene vereinheitlichen wird.

Eines der Hauptanliegen dieser Arbeit besteht nun darin, zu zeigen, dass die Anerkennungsregeln trotz der äusserlich grundverschiedenen kantonalen Regelungen und trotz des komplizierten Zusammenspiels dieses kantonalen Rechts mit den zahlreichen Staatsverträgen des Bundes materiell sehr ähnlich sind. Das IPRG bewirkt zwar eine formelle Vereinheitlichung durch Kodifizierung, nicht jedoch eine Revolution des Anerkennungsrechts.

Der Verfasser hofft deshalb, dass diese Arbeit nicht zu denen gehört, die durch einen Federstrich des Gesetzgebers zu Makulatur werden...

Zürich, im November 1986

Inhaltsübersicht

I. Allgemeiner Teil

1. Grundlagen

1.1. Problemstellung	1
1.2. Funktion und Begriffe	4
1.3. Verhältnis zwischen Anerkennung und Vollstreckung	7
1.4. Motive für und wider	11
1.5. Hauptschwierigkeiten	16
1.6. Mögliche Lösungen	19

2. Rechtsquellen

2.1. Internationales Zivilprozessrecht	23
2.2. Bundesrecht	25
2.3. Kantonales Recht	28
2.4. Verhältnis der Rechtsquellen zueinander	30

II. Voraussetzungen der Anerkennung und Vollstreckung

3. Anerkennungsfähiger Titel

3.1. Gerichtsurteil	35
3.2. Vergleich, Klageanerkennung, Klagerückzug	41
3.3. Vorsorgliche Massnahme	45
3.4. Kostenentscheid	50
3.5. Adhäsionsurteil	52
3.6. Schiedsspruch	54

4. Zivil- und Handelssachen

4.1. Anwendungsgebiet der Anerkennung und Vollstreckung	60
4.2. Öffentlich-rechtliche Entscheide	63
4.3. Schuldbetreibung	67
4.4. Konkurs	69
4.5. Grenzfälle	73

5. Rechtskraft

5.1. Grundsätzliches	77
5.2. Formelle Rechtskraft	78
5.3. Eröffnung und Zustellung des Urteils	83
5.4. Materielle Rechtskraft	93
5.5. Vollstreckbarkeit	96

6. Zuständigkeit des Urteilsgerichtes

6.1. Grundsätzliches und Begriffe	99
6.2. Direkte und indirekte Zuständigkeit	103
6.3. Gerichtsstandsgarantie des Art. 59 BV	107
6.4. Prorogation	112
6.5. Vorbehaltlose Einlassung	116
6.6. Gerichtsstand der Widerklage	121

7. Gehörige Ladung und Vertretung	
7.1. Gehörige Ladung	123
7.2. Folgen der nicht gehörigen Ladung	127
7.3. Internationale Zustellung	131
8. Gegenrecht	
8.1. Vorbehalt des Gegenrechts	136
8.2. Nachweis des Gegenrechts	140
8.3. Kritik	143
9. Ordre public	
9.1. Grundgedanke der Vorbehaltsklausel	147
9.2. Der materielle ordre public	150
9.3. Der prozessuale ordre public	155
10. Weitere Kriterien	
10.1. Res iudicata als Versagungsgrund	160
10.2. Litispendenz	162
10.3. Vollstreckungsfähigkeit	166
10.4. Verhältnis zum schweizerischen Kollisionsrecht	168
10.5. Staatsangehörigkeit der Parteien	170
10.6. Anerkennung in Drittstaaten	171
<u>III. Umfang, Wirkungen Verfahren</u>	
11. Umfang und Wirkungen der Anerkennung und Vollstreckung	
11.1. Wirkung der Anerkennung	173
11.2. Wirkung der Vollstreckbarerklärung	177
11.3. Umfang und Grenzen	178
11.4. Teilanerkennung	180
11.5. Indirekte Wirkungen	182
11.6. Räumliche Wirksamkeit	186
11.7. Wirkung der Nichtanerkennung	188
12. Verfahren	
12.1. Grundsätzliches	190
12.2. Anerkennung und Vollstreckung als Vorfragen	195
12.3. Feststellungsklagen	197
12.4. Exequaturverfahren	199
12.5. Rechtsöffnungsverfahren	203
12.6. Rechtsmittel	210

Inhaltsverzeichnis

-Vorwort	I
-Inhaltsübersicht	III
-Inhaltsverzeichnis	V
-Rechtsquellen	XIII
-Abkürzungen	XVIII
-Literatur	XIX

1.Grundlagen

1.1.Problemstellung	1
1.1.1.Territoriale Gerichtsbarkeit und internationaler Handel	
1.1.2.Beachtung des ausländischen Urteils	
1.1.3.Alternativen zur Anerkennung	
1.1.4.Typisches Beispiel	
1.2.Funktion und Begriffe	4
1.2.1.Stadien der Rechtsdurchsetzung	
1.2.2.Funktion der "Anerkennung und Vollstreckung"	
1.2.3.Begriffe	
1.3.Verhältnis zwischen Anerkennung und Vollstreckung	7
1.3.1.Anwendungsgebiet	
1.3.2.Voraussetzungen	
1.3.3.Verfahren	
1.3.4.Wirkungen	
1.4.Motive für und wider	11
1.4.1.Freiheit des Gesetzgebers	
1.4.2.Interessen der Parteien und Dritter	
1.4.3.Interessen des Urteilsstaates	
1.4.4.Interessen des Anerkennungsstaates	
1.5.Hauptschwierigkeiten	16
1.5.1.Ideal : Gleichwertige Rechtsprechung im Ausland	
1.5.2.Misstrauen gegenüber ausländischem Verfahrensrecht	
1.5.3.Verschiedenheit des IPR	
1.5.4.Dilemma des Gesetzgeber	

1.6.Mögliche Lösungen.....	19
1.6.1.Ignorierung	
1.6.2.Révision au fond	
1.6.3.Nichtnachprüfung des Tatbestandes	
1.6.4.Actio iudicati	
1.6.5.Katalog von Voraussetzungen	
1.6.6.Katalog von Verweigerungsgründen	
1.6.7.Beschränkung auf ordre public-Prüfung	

2.Rechtsquellen

2.1.Internationales Zivilprozessrecht.....	23
2.1.1.Begriff	
2.1.2.Das schweizerische IZPR	
2.1.3.Völkerrecht	
2.2.Bundesrecht.....	25
2.2.1.Multilaterale Konventionen	
2.2.2.Bilaterale Staatsverträge	
2.2.3.Autonomes Bundesrecht	
2.3.Kantonales Recht.....	28
2.3.1.Kantonales Anerkennungsrecht	
2.3.2.Kantonales Verfahrensrecht	
2.4.Verhältnis der Rechtsquellen zueinander.....	30
2.4.1.Rechtsquellenkonflikte	
2.4.2.Günstigkeits- oder Garantieprinzip ?	
2.4.3.Konventionen - bilaterale Staatsverträge	
2.4.4.Staatsverträge - autonomes Bundesrecht	
2.4.5.Bundesrecht - kantonales Zivilprozessrecht	

3.Anerkennungsfähiger Titel

3.1.Gerichtsurteil.....	35
3.1.1.Gültiger Entscheid	
3.1.2.Sachurteil, nicht Prozessurteil	
3.1.3.Gericht	
3.1.4.Verwaltungsbehörde	
3.1.5.Besondere Gerichte	
3.1.6.Nationalität des Gerichtes	
3.1.7.Verfahren	
3.2.Vergleich, Klageanerkennung, Klagerückzug.....	41
3.2.1.Gerichtlicher Vergleich	
3.2.2.Aussergerichtlicher Vergleich	
3.2.3.Klageanerkennung und Klagerückzug	
3.2.4.Beschränkte Nachprüfung	
3.2.5.Wirkungen einer Anfechtung	

3.3.Vorsorgliche Massnahme	45
3.3.1.Vollstreckung im Inland ?	
3.3.2.Anordnung durch den Zweitrichter	
3.3.3.Argumente für und wider	
3.3.4.Persönliche Ansicht	
3.4.Kostenentscheid	50
3.4.1.Grundsatz	
3.4.2.Haager Abkommen	
3.4.3.Das übrige Anerkennungsrecht	
3.5.Adhäsionsurteil	52
3.5.1.Bedenken	
3.5.2.Regelung in den Staatsverträgen	
3.5.3.Autonomes Recht	
3.6.Schiedsspruch	54
3.6.1.New Yorker Konvention	
3.6.2.Kollisionsrecht	
3.6.3.Persönliche Ansicht	
3.6.4.Autonomes Recht	
3.6.5.Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit	
 <u>4.Zivil- und Handelssachen</u>	
4.1.Anwendungsgebiet der Anerkennung und Vollstreckung...	60
4.1.1.Begriff der "Zivil- und Handelssachen"	
4.1.2.Qualifikation	
4.1.3.Behörde und Anspruch	
4.1.4.Zivilsache im engeren Sinn	
4.1.5.Handelssache	
4.1.6.Gemeinsames und Unterschiede	
4.2.Öffentlich-rechtliche Entscheide	63
4.2.1.Staatsrecht	
4.2.2.Verwaltungsrecht	
4.2.3.Steuerrecht	
4.2.4.Sozialversicherungsrecht	
4.2.5.Strafrecht	
4.3.Schuldbetreibung	67
4.3.1.Betreibungsrechtliche Entscheide	
4.3.2.Inzidenzstreitigkeiten	
4.3.3.Materielle Entscheide aus Anlass der Betreibung	
4.3.4.Arreste	

4.4.Konkurs	69
4.4.1.Territorialitäts- und Universalitätsprinzip	
4.4.2."Raubsystem"	
4.4.3.Gerichtsstandsvertrag mit Frankreich	
4.4.4.Konkursvertrag mit Württemberg	
4.4.5.Konkursvertrag mit Bayern	
4.5.Grenzfälle	73
4.5.1.Freiwillige Gerichtsbarkeit	
4.5.2.Anti-trust	
4.5.3.Produktheftpflicht	
4.5.4.Teilweise Vollstreckung bzw. teilweise Rückforderung	
<u>5.Rechtskraft</u>	
5.1.Grundsätzliches	77
5.1.1.Funktion der Rechtskraft im Anerkennungsrecht	
5.1.2."Rechtskraft, "Endgültigkeit", "Vollstreckbarkeit"	
5.2.Formelle Rechtskraft	78
5.2.1.Begriff und anwendbares Recht	
5.2.2.Arten von Rechtsmitteln	
5.2.3.Ordentliche Rechtsmittel	
5.2.4.Ausserordentliche Rechtsmittel	
5.2.5.Lösungsvorschlag	
5.3.Eröffnung und Zustellung des Urteils	83
5.3.1.Zustellung als Voraussetzung der Rechtskraft ?	
5.3.2.Zustellung als selbständige Anerkennungs Voraussetzung	
5.3.3.Verzicht auf Zustellung und ordre public	
5.3.4.Zustellungssurrogate und ordre public	
5.3.5.Völkerrechtswidrige Zustellungsformen	
5.4.Materielle Rechtskraft	93
5.4.1.Begriff	
5.4.2.Verhältnis zur formellen Rechtskraft	
5.5.Vollstreckbarkeit	96
5.5.1.Aufgeschobene Vollstreckbarkeit	
5.5.2.Vorläufige Vollstreckbarkeit	
5.5.3.Beweislast	
<u>6.Zuständigkeit des Urteilsgerichtes</u>	
6.1.Grundsätzliches, Begriffe	99
6.1.1.Aufgabe der Zuständigkeitsregeln	
6.1.2.Zuständigkeit aus der Sicht des Urteilsstaates	
6.1.3.Zuständigkeit aus der Sicht des Anerkennungsstaates	
6.1.4.Zuständigkeit aus der Sicht der Parteien	
6.1.5.Gerichtsbarkeit	

6.2.Direkte und indirekte Zuständigkeit	103
6.2.1.Innerstaatliches Gerichtsstandsrecht	
6.2.2.Direkte internationale Zuständigkeit	
6.2.3.Indirekte Zuständigkeit	
6.2.4.Ausschliessliche und zwingende Zuständigkeiten	
6.2.5.Verschiedene Lehrmeinungen	
6.3.Gerichtsstandsgarantie des Art.59 BV	107
6.3.1.Garantie des Wohnsitzrichters im allgemeinen	
6.3.2.Art.59 BV im Anerkennungsrecht	
6.3.3.Verhältnis zu den Staatsverträgen des Bundes	
6.3.4.Verhältnis zum autonomen Bundesrecht	
6.4.Prorogation	112
6.4.1.Prorogationsvertrag	
6.4.2.Anwendbares Recht	
6.4.3.Anforderungen an Form und Inhalt	
6.5.Vorbehaltlose Einlassung	116
6.5.1.Einlassung	
6.5.2.Vorbehalte	
6.5.3.Massgeblicher Zeitpunkt	
6.5.4.Einlassung durch Widerklage	
6.5.5.Einlassung durch Vergleichsabschluss	
6.6.Gerichtsstand der Widerklage	121
6.6.1.Anwendungsfall	
6.6.2.Konnexität und Verrechenbarkeit	
 <u>7.Gehörige Ladung</u>	
7.1.Gehörige Ladung	123
7.1.1.Begriff und Bedeutung	
7.1.2.Anwendbares Recht	
7.1.3.Anwendungsgebiet	
7.1.4.Vorladungsfrist	
7.1.5.Zusammenfassung	
7.2.Folgen der nicht gehörigen Ladung	127
7.2.1.Folgen für den Beklagten	
7.2.2.Verzicht	
7.2.3.Folgen für den Kläger	
7.2.4.Folgen für Widerkläger und -beklagten	
7.3.Internationale Zustellung	131
7.3.1.Problematik	
7.3.2.Diplomatischer Rechtshilfeweg	
7.3.3.Haager Übereinkunft betreffend Zivilprozessrecht	
7.3.4.Zustellungsformen	
7.3.5.Weitere Staatsverträge	

8. Gegenrecht

8.1. Vorbehalt des Gegenrechts	136
8.1.1. Begriff und Arten	
8.1.2. Unterschiede zwischen Anerkennung und Vollstreckung	
8.1.3. Rechtspolitische Motive	
8.1.4. Gleichheit und Gerechtigkeit	
8.1.5. Anreiz zur Gegenseitigkeit	
8.2. Nachweis des Gegenrechts	140
8.2.1. Massstab und Beweislast	
8.2.2. Nachweis	
8.2.3. Verhältnis zu den Staatsverträgen	
8.3. Kritik	143
8.3.1. Erfahrungen	
8.3.2. Kritik der Lehre	
8.3.3. Eigene Meinung	

9. Ordre public

9.1. Grundbegriffe der Vorbehaltsklausel	147
9.1.1. Begriff und Funktion	
9.1.2. Der ordre public als bundesrechtlicher Vorbehalt	
9.1.3. Umfang der Überprüfung	
9.1.4. Relativität des ordre public	
9.2. Der materielle ordre public	150
9.2.1. Begriff und Funktion	
9.2.2. Beachtung von Amtes wegen	
9.2.3. Objekt der Überprüfung	
9.2.4. Verhältnis zum kollisionsrechtlichen ordre public	
9.2.5. Verhältnis zum zwingenden Recht	
9.2.6. Verhältnis zu den guten Sitten	
9.3. Der prozessuale ordre public	155
9.3.1. Begriff und Bedeutung	
9.3.2. Objekt der Überprüfung	
9.3.3. Überprüfung von Amtes wegen ?	
9.3.4. Verhältnis zum Gebot von Treu und Glauben	
9.3.5. Verhältnis zu Art. 4 BV	

10. Weitere Kriterien

10.1. Res iudicata als Versagungsgrund	160
10.1.1. Grundsatz	
10.1.2. Urteile aus Drittstaaten	
10.1.3. Spätere schweizerische Urteile	

10.2.Litispendenz	162
10.2.1.Begriff	
10.2.2.Wirkungen	
10.2.3.Rechtshängigkeit vor schweizerischem Gericht	
10.2.4.Rechtshängigkeit vor ausländischem Gericht	
10.2.5.Verletzung durch ein ausländisches Gericht	
10.2.6.Konkurrenz zweier zuständiger Gerichte	
10.3.Vollstreckungsfähigkeit	166
10.3.1.Begriff	
10.3.2.Rechtliche Unmöglichkeit	
10.3.3.Tatsächliche Unmöglichkeit	
10.3.4.Alternativ konkurrierende und Eventualansprüche	
10.4.Verhältnis zum schweizerischen Kollisionsrecht	168
10.4.1.Nichtnachprüfung des Kollisionsrechts	
10.4.2."Kollisionsrechtliche Anerkennung"	
10.5.Staatsangehörigkeit der Parteien	170
10.6.Anerkennung in Drittstaaten	171
<u>11.Umfang und Wirkungen der Anerkennung und Vollstreckung</u>	
11.1.Wirkung der Anerkennung	173
11.1.1.Wesen der Anerkennung	
11.1.2.Zeitpunkt der Wirkungserstreckung	
11.1.3.Verschiedene Lehrmeinungen	
11.1.4.Schweizerische Lösung	
11.2.Wirkung der Vollstreckbarerklärung	177
11.2.1.Wesen der Vollstreckbarerklärung	
11.2.2.Verhältnis zwischen Anerkennung und Vollstreckung	
11.3.Umfang und Grenzen	178
11.3.1.Begrenzung durch die lex fori	
11.3.2.Begrenzung durch das Recht des Anerkennungsstaates	
11.4.Teilanerkennung	183
11.4.1.Klagenhäufung	
11.4.2.Haupt- und Nebenansprüche	
11.4.3.Teilweise Anerkennung	
11.5.Indirekte Wirkungen	182
11.5.1.Direkte und indirekte Wirkungen	
11.5.2.Unterbrechung der Verjährung	
11.5.3.Arrestprosequierung	
11.5.4.Ausländische Urteile als vertragliche Bedingung	

11.6.Räumliche Wirksamkeit	186
11.6.1.Grundsatz	
11.6.2.Im Bereich des Bundesrechts	
11.6.3.Sonderfall : Geldforderungen	
11.7.Wirkung der Nichtanerkennung	188
11.7.2.Keine Rechtskraft, beschränkte Beweiswirkung	
11.7.2.Rückforderung des Geleisteten ?	

12.Verfahren

12.1.Grundsätzliches	190
12.1.1.Verfahrensarten	
12.1.2.Anwendbares Recht	
12.1.3.Aufgabe des Zweitrichters	
12.1.4.Vorzulegende Urkunden	
12.1.5.Prozessuales	
12.2.Anerkennung und Vollstreckung als Vorfragen	195
12.2.1."Echte" Vorfragen	
12.2.2."Unechte" Vorfragen	
12.2.3.Anwendbares Recht	
12.3.Feststellungsklagen	197
12.3.1.Zulässigkeit im Anerkennungsrecht	
12.3.2.Negative Feststellungsklage	
12.4.Exequaturverfahren	199
12.4.1.Zuständigkeit	
12.4.2.Verfahrensarten	
12.4.3.Exequatur als Vorfrage ?	
12.4.4.Zulässigkeit des ordentlichen Verfahrens ?	
12.5.Rechtsöffnungsverfahren	203
12.5.1.Schuldbetreibung und Konkurs	
12.5.2.Anwendungsgebiet der Rechtsöffnung	
12.5.3.Rechtsöffnung aufgrund von Bundesrecht	
12.5.4.Rechtsöffnung aufgrund kantonalen Rechts	
12.5.5.Separates Exequatur	
12.5.6.Prozessuales	
12.5.7.Tilgung, Stundung, Verjährung	
12.6.Rechtsmittel	210
12.6.1.Ordentliche kantonale Rechtsmittel	
12.6.2.Ausserordentliche kantonale Rechtsmittel	
12.6.3.Berufung an das Bundesgericht	
12.6.4.Staatsrechtliche Beschwerde	

Rechtsquellen

Die folgenden Rechtsquellen werden nur mit einem Stichwort zitiert.

Multilaterale Staatsverträge

EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.November 1950, (SR 0.101)
New York	Uebereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, abgeschlossen in New York am 10.Juni 1958, (SR 0.277.12).

Bilaterale Staatsverträge

Belgien	Abkommen zwischen der Schweiz und Belgien über die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen, vom 29.April 1959, (SR 0.276.191.721)
Deutschland	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Deutschen Reich über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen, vom 2.November 1929, (SR 0.276.191.361)
Frankreich	Vertrag zwischen der Schweiz und Frankreich über den Gerichtsstand und die Vollziehung von Urteilen in Zivilsachen, vom 15.Juni 1869, (SR 0.276.193.491).
Italien	Abkommen zwischen der Schweiz und Italien über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen, vom 3.Januar 1933, (SR 0.276.194.541).

Liechtenstein	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein über die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen in Zivilsachen, vom 25.April 1968, (SR 0.276.195.141).
Oesterreich	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Oesterreich über die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen, vom 16.Dezember 1960, (SR 0.276.191.632)
Schweden	Abkommen zwischen der Schweiz und Schweden über die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen, vom 15.Januar 1936, (SR 0.276.)
Spanien	Abkommen zwischen der Schweiz und Spanien über die gegenseitige Vollstreckung von Urteilen oder Erkenntnissen in Zivil- und Handelssachen, vom 19.November 1896, (SR 0.276.193.321).
Tschechoslowakei	Vertrag zwischen der Schweiz und der Tschechoslowakischen Republik über die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen, vom 21.Dezember 1926, (SR 0.276.197.411).

Autonomes Bundesrecht

BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.Mai 1874 (SR 101).
IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (Entwurf), Botschaft vom 10.November 1982, BB1 1983 I 263ff.
Konkordat	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27.März 1969 (SR 279).
NAG	Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25.Juni 1891 (SR 211.435).
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16.Dezember 1943 (SR 173.110).
OR	Bundesgesetz vom 30.März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil : Obligationenrecht) (SR 220).
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11.April 1889 (SR 281.1).
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch, vom 10.Dezember 1907 (SR 210).

Kantonale Zivilprozessordnungen

ZH	Gesetz über den Zivilprozess (Zivilprozessordnung) vom 13.Juni 1976 [Zürich].
BE	Gesetz betreffend die Zivilprozessordnung vom 7.Juli 1918 [Bern].
LU	Gesetz über die Gerichtsorganisation und die Zivilprozessordnung vom 28.Januar 1913 [Luzern].
UR	Zivilprozessordnung vom 29.März 1928/28.Juni 1963 [Uri].
SZ	Zivilprozessordnung vom 25.Oktober 1974 [Schwyz].
OW	Zivilprozessordnung vom 9.März 1973 [Obwalden].
NW	Verordnung über den Zivilprozess, (Zivilprozessordnung) vom 11.Juli 1970 [Nidwalden].
GL	Zivilprozessordnung vom 2.Mai 1965 [Glarus].
ZG	Zivilprozessordnung vom 3.Oktober 1940 [Zug].
FR	Zivilprozessordnung vom 28.April 1953 [Freiburg].
SO	Zivilprozessordnung vom 11.September 1966 [Solothurn].
BS	Zivilprozessordnung vom 8.Februar 1875 [Basel-Stadt].
BL	Gesetz betr. die Zivilprozessordnung vom 20.Februar 1905/21.September 1961 [Basel-Land].
SH	Zivilprozessordnung vom 3.September 1951 [Schaffhausen].
AR	Zivilprozessordnung vom 27.April 1980 [Appenzell-Ausserrhoden].
AI	Gesetz über die Zivilprozessordnung vom 24.April 1949 [Appenzell-Innerrhoden].

SG	Gesetz über die Zivilrechtspflege vom 20.März 1939 [St.Gallen].
GR	Zivilprozessordnung vom 20.Juni 1954 [Graubünden].
AG	Zivilprozessordnung vom 12.März 1900 [Aargau].
TG	Zivilprozessordnung vom 19.Oktober 1926 [Thurgau].
TI	Codice di procedura civile vom 17.Februar 1971 [Tessin].
VD	Code de procédure civile vom 14.Dezember 1966 [Waadt].
VS	Zivilprozessordnung vom 22.November 1919 [Wallis].
NE	Code de procédure civile vom 7.April 1925 [Neuenburg].
GE	Loi de procédure civile vom 13.Oktober 1920 [Genf].
JU	Code de procédure civile vom 9.November 1978 [Jura].

Abkürzungen

BBl	Bundesblatt
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BG	Bundesgesetz
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BlSchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
dtZPO	Deutsche Zivilprozessordnung
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
Eidg.	Eidgenössisch
FS	Festschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
IPR	Internationales Privatrecht
IZPR	Internationales Zivilprozessrecht
l.c.	loco citato (am angeführten Ort)
N.	Note
Pra	Die Praxis des Bundesrechts
Rz	Randziffer
SemJud	Semaine judiciaire
SJR	Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StPO	Strafprozessordnung
UebBBV	Uebergangsbestimmungen der Bundesverfassung
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
WuR	Wirtschaft und Recht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZPO	Zivilprozessordnung
ZPR	Zivilprozessrecht
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

Literaturverzeichnis

Die folgende Literatur wird nur mit Verfassernamen und allenfalls einem Stichwort zitiert.

- | | |
|-------------------------------------|---|
| Achermann | Hubert Achermann, Studien zu Auslegungsproblemen des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein, Diss. Bern 1983 |
| Alexander | E.Alexander, Die internationale Vollstreckung von Zivilurteilen, insbesondere im Verhältnis zu den Nachbarstaaten, ZBJV 67 (1931) 1ff |
| Amonn | Kurt Amonn, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 3.A, Bern 1983 |
| Bertheau | Thomas R.Bertheau, Das New Yorker Abkommen vom 10.Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, Diss. Zürich 1965 |
| Birchmeier | W.Birchmeier, Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, Zürich 1950 |
| Botschaft | Botschaft (des Bundesrates) zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR- Gesetz), in BBl 1983 I 263ff |
| Brügger | Erwin M. Brügger, Die schweizerische Gerichtspraxis im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht 1946-1984, Adligenswil 1984 |
| Dutoit/Knoepfler/
Lalive/Mercier | Bernard Dutoit/François Knoepfler/Pierre Lalive/Pierre Mercier, Répertoire de droit international privé suisse, volume II, Bern 1983 |
| Elsener | Ferdinand Elsener, extraterritorial application of U.S. antitrust-laws, im WuR Sonderheft 2/3 1983 S.130ff |

- Europarat Conseil de l'Europe, Guide pratique de la reconnaissance et de l'exécution des décisions judiciaires étrangères dans les matières civils et commerciales, Strassbourg 1975 (auch in englischer Ausgabe)
- Frei Lionel Frei, The service of process and the taking of evidence on behalf of U.S. proceedings - the problem of granting assistance, im WuR Sonderheft 2/3 1983 S.196ff
- Fritzsche/Walder Hans Fritzsche/Hans Ulrich Walder-Bohner, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I, Zürich 1983
- Fritzsche Hans Fritzsche, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 2 Bände, 2.A, Zürich 1967/1968
- Geimer Prüfung Reinhold Geimer, Zur Prüfung der Gerichtsbarkeit und der internationalen Zuständigkeit bei der Anerkennung ausländischer Urteile, Bielefeld 1966
- Geimer/Schütze Reinhold Geimer/Rolf A.Schütze, Internationale Urteilsanerkennung, Band I, München 1984 (zwei Halbbände)
- Grübler Robert Grübler, Die Vollstreckung ausländischer Civilurteile in der Schweiz, Basel 1906
- Guldener ZPR Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3.A, Zürich 1979
- Guldener IZPR Max Guldener, Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951, mit Supplement 1959

- Gutzwiller
in FS Mann Max Gutzwiller, Die Retorsion, ein
 verschollenes Institut des IPR, in Inter-
 nationales Recht und Wirtschaftsordnung,
 Festschrift für F.A.Mann, München 1977
- Habscheid Walther J. Habscheid, Droit judiciaire
 privé suisse, 2.A, Genf 1981
- Habscheid
Rechtshängigkeit Walther J. Habscheid, Bemerkungen zur
 Rechtshängigkeitsproblematik im Verhältnis
 der Bundesrepublik Deutschland und der
 Schweiz einerseits und den USA anderer-
 seits, in Festschrift für Konrad Zweigert,
 Tübingen 1981, S.109ff
- Häfelin/Haller Ulrich Häfelin/Walter Haller, Schweizeri-
 sches Bundesstaatsrecht, Zürich 1984
- Haubensak Urs Haubensak, Die Zwangsvollstreckung nach
 der Zürcherischen Zivilprozessordnung,
 Diss. Zürich 1975
- Hauser/Hauser Willy Hauser/Robert Hauser, Gerichtsver-
 fassungsgesetz des Kantons Zürich, 3.A,
 Zürich 1978
- Herrmann Hans Joachim Herrmann, Supranationale und
 internationale Gerichte, im Handbuch des
 Internationalen Zivilverfahrensrechts,
 Band I, Tübingen 1982
- Hess Urs Hess, Die Gerichtsstandsgarantie des
 Art.59 BV in der heutigen Rechtswirklich-
 keit, Diss. Zürich 1979
- Hiestand H.Hiestand, Leitfaden des internationalen
 Privatrechts sowie des internationalen
 Zivilprozess- und Konkursrechts, Bern 1935
- Honegger Peter C. Honegger, Amerikanische Offen-
 legungspflichten in Konflikt mit schwei-
 zerischen Geheimhaltungspflichten, Diss.
 Zürich 1986

- Jellinek Walter Jellinek, Die zweiseitigen Staatsverträge über Anerkennung ausländischer Zivilurteile, Berlin/Tübingen 1935
- Kallmann François Kallmann, Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile und gerichtlicher Vergleiche, Basel 1946
- Kaufmann-Kohler Gabrielle Kaufmann-Kohler, Enforcement of United States Judgements in Switzerland, in WuR Sonderheft 2/3 1983 211ff
- Kaufmann
Tendenzen Horst Kaufmann, Grundlinien und Entwicklungstendenzen der von der Schweiz geschlossenen zweiseitigen Abkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Gerichtsentscheidungen, in ZBJV 112 (1976) 361ff
- Keller/Siehr
Einführung Max Keller/Kurt Siehr, Einführung in die Eigenart des internationalen Privatrechts, 3.A, Zürich 1984
- Keller/Siehr
Lehren Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1986
- Kropholler Jan Kropholler, Internationale Zuständigkeit, im Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts, Band I, Tübingen 1982
- Leresche Armand Leresche, L'exécution des jugements civils étrangers en Suisse et des jugements civils suisses dans quelques états étrangers, Aarau 1927
- Leuch Georg Leuch, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, unveränderter Nachdruck der 3.A von 1956, Bern 1985
- Liechti E.Liechti, Das Abkommen der Schweiz mit Italien über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen vom 3.Januar 1933, Diss. Zürich 1934

- Marti Hans Marti, Die staatsrechtliche Beschwerde, 4.A Basel 1979
- Martiny Dieter Martiny, Anerkennung ausländischer Entscheidungen nach autonomen Recht, im Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts, Band III/2, Tübingen 1984
- Meili F.Meili, Das internationale Civilprozessrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis, Zürich 1906
- Müller/Wildhaber Jörg Müller/Luzius Wildhaber, Praxis des Völkerrechts, 2.A Bern 1982
- Mustersammlung Mustersammlung zum Zürcherischen Zivil- und Strafprozess, Zürich 1976ff
- Niedermann Marco Niedermann, Die ordre public-Klauseln in den Vollstreckungsverträgen des Bundes und den kantonalen Zivilprozessgesetzen, Diss. Zürich 1976
- Nuber Juno Nuber, Die objektive Schiedsfähigkeit im Zusammenhang mit der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung (anwendbares Recht) und mit der Vollstreckung (Ordre public), Diss. Zürich 1986
- Nussbaum Werner Nussbaum, Das internationale Konkursrecht der Schweiz, Zürich 1983
- von Overbeck Alfred E. von Overbeck, La compétence internationale directe et indirecte dans le projet de loi suisse sur le droit international privé, in Festschrift für Konrad Zweigert, Tübingen 1981, S.307ff
- Panchaud/Caprez André Panchaud/Marcel Caprez, Die Rechtsöffnung, Die Praxis der Rechtsöffnung seit 1940, Zürich 1981
- Perret François Perret, La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers à Genève, in SemJud 105 (1983) 241ff

- Petitpierre Max Petitpierre, La reconnaissance et l'exécution des jugements civils étrangers en Suisse, Diss. Neuenburg, Paris 1924
- Probst Rudolf Probst, Die Vollstreckung ausländischer Zivilurteile in der Schweiz nach den geltenden Staatsverträgen, Diss. Bern 1936
- Raape/Sturm Leo Raape/Fritz Sturm, Internationales Privatrecht, Band I : Allgemeine Lehren, München 1977
- Riezler Erwin Riezler, Internationales Zivilprozessrecht und prozessuales Fremdenrecht, Berlin/Tübingen 1949
- Rüede/Hadenfeldt Thomas Rüede/Reimer Hadenfeldt, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, Zürich 1980
- Rosenberg/Schwab Leo Rosenberg/Karl Heinz Schwab, Zivilprozessrecht, 13.A, München 1981
- Roth G.H. Roth, Der Vorbehalt des ordre public gegenüber fremden gerichtlichen Entscheidungen, Bielefeld 1967
- Schauwecker Hans Schauwecker, Die Einrede der Litispendenz im eidgenössischen und zürcherischen internationalen Zivilprozessrecht, Diss. Zürich 1942
- Schlussbericht Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), Schlussbericht der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf, Zürich 1979
- Schnitzer Adolf F. Schnitzer, Handbuch des internationalen Privatrechts, Band II, 4.A, Basel 1958
- Schnitzer SJK Adolf F. Schnitzer, Ausländische Entscheide, Anerkennung und Vollstreckung, Schweizerische Juristische Kartothek, Karte 967 (ohne Staatsverträge), Karte 968 (Staatsverträge), Stand 1961

- Schnyder
Staatsverträge Anton K. Schnyder, Staatsverträge im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht der Schweiz, Zürich 1983
- Schnyder
Zuständigkeit Anton K. Schnyder, Gerichtliche Zuständigkeit in den USA bei Sachverhalten mit Aus-landberührung, in SJR 38 (1982) 47ff
- Schwander Ivo Schwander, Einführung in das Internationale Privatrecht, 2 Hefte, Skriptum, St.Gallen 1983
- Schwind F.Schwind, Entwurf eines Bundesgesetzes über das internationale Privat- und Prozessrecht, Zeitschrift für Rechtsvergleichung (Wien), 12 (1971) 161ff
- Shenefield John H. Shenefield, Extraterritorial application of US antitrust laws : economic imperialism or correcting the evil at the source ?, im WuR Sonderheft 2/3 1983 S. 116ff
- Spiro Karl Spiro, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Bern 1975
- Staehelin
Berufung Adrian Staehelin, Die objektiven Voraussetzungen der Berufung an das Bundesgericht, in Hundert Jahre Bundesgericht, Referate zum Schweizerischen Juristentag 1975, Die bundesgerichtlichen Rechtsmittelverfahren, Basel 1975
- Staehelin
Staatsverträge Adrian Staehelin, Die Staatsverträge über Zivilprozess und Zwangsvollstreckung nach der neueren Praxis des Bundesgerichtes, in Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweiz. Bundesgerichtes, Festgabe Basel 1975

- Stauffer W.Stauffer, Die Verträge der Schweiz mit Österreich und mit der Tschechoslowakei über Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen, Aarau 1930
- Stauffer Staatsverträge Die neueren Verträge der Schweiz über die Vollstreckung von Zivilurteilen, Zürich 1933
- von Steiger Werner von Steiger, Das Handelsrecht, im Schweizerischen Privatrecht, Band VIII/1, Basel 1976
- Storck Walter Storck, Das Abkommen der Schweiz mit Schweden über die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen und Schiedssprüchen, Diss. Zürich 1938
- Sträuli/Messmer Hans Sträuli/Georg Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 2.A Zürich 1982
- Strehler Theodor Strehler, Die Vollstreckung ausländischer Zivilurteile im Kanton Zürich, Diss. Zürich 1938
- Süss in FS Rosenberg Theodor Süss, Anerkennung ausländischer Urteile, in den Beiträgen zum Zivilprozessrecht, Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg, München/Berlin 1949
- Thorens Justin Thorens, L'exequatur des jugements et sentences, in Recueil de travaux suisses, présentés au VIIIe Congrès international de droit comparé, Basel 1980
- Vernehmlassung Bundesamt für Justiz, Bundesgesetz über das internationale Privatrecht, Darstellung der Stellungnahmen auf Grund des Gesetzesentwurfs der Expertenkommission und des entsprechenden Begleitberichts, Bern 1980
- Vischer/von Planta Frank Vischer/Andreas von Planta, Internationales Privatrecht, 2.A, Basel und Frankfurt am Main 1982

- Vogel Oscar Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1984
- Volken
Konventions-
konflikte Paul Volken, Konventionskonflikte im internationalen Privatrecht, Diss. Freiburg, Zürich 1977
- Volken Paul Volken, Internationale Rechtshilfe, in Rechtshilfe in Zivilsachen heute und morgen, in ZBJV 118 (1982) 441ff
- Walder ZPR Hans Ulrich Walder-Bohner, Zivilprozessrecht, 3.A Zürich 1983
- Waehler Jan Peter Waehler, Anerkennung ausländischer Entscheidungen aufgrund bilateraler Staatsverträge, im Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts, Band I, Tübingen 1982
- Wehrli Daniel Wehrli, Rechtsprechung zum schweizerischen Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit mit Hinweisen auf Entscheide zum New Yorker Abkommen, Zürich 1985
- Wolff Martin K. Wolff, Vollstreckbarerklärung, im Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts, Band III/2, Tübingen 1982
- Zöllner/Geimer Richard Zöllner/Reinhold Geimer, Zivilprozessordnung, 14.A, Köln 1984
- Weitere Literaturangaben im Text.

1. Grundlagen

1.1. Problemstellung

1.1.1. Territoriale Gerichtsbarkeit und internationaler Handel

Die Auslandsbeziehungen der Schweiz sind zahlreich und vielfältig (1). Gemäss unserer Aussenhandelsstatistik gehören wir zu den Staaten mit der grössten Aussenhandelsquote pro Einwohner; mehr als jeder dritte Schweizerfranken wird im Ausland verdient (2). Jedes Jahr exportieren wir Güter und Dienstleistungen für etwa 90 Milliarden Franken (3).

Dieser rege Handel mit Geschäftspartnern im Ausland bringt es mit sich, dass Streitigkeiten vor Gerichten in verschiedenen Ländern ausgefochten werden. Andererseits hört die staatliche Gerichtshoheit gemäss dem Prinzip der Territorialität an den Landesgrenzen auf. Dies führt immer dann zu Schwierigkeiten, wenn das Urteil in einem anderen Staat als dem Sitzstaat des urteilenden Gerichtes anerkannt oder vollstreckt werden soll. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn auf Vollstreckungs-substrat ausserhalb des Gerichtsstaates (4) gegriffen werden soll.

Die Schweiz steht auch sonst in intensiver Beziehung mit dem Ausland : über 900'000 Gastarbeiter wohnen in der Schweiz (5), über 300'000 Schweizer wohnen im Ausland (6). Dies führt zu zahlreichen internationalen Rechtsfällen, welche entsprechende Anerkennungsprobleme zur Folge haben.

-
- 1 Liechti 7; Probst 1; Volken Rechtshilfe 458f; für Deutschland : Martiny 34ff.
 - 2 Export im im Jahre 1985 : 89 Milliarden Franken, Bruttosozialprodukt: 241 Milliarden Franken; vgl. Statistik aktuell, Die nationale Buchhaltung 1985, Bundesamt für Statistik, Bern 1986.
 - 3 Zahlen für 1985 : Export für Fr. 89 Mia., Import für Fr. 88 Mia.; vgl. Statistik aktuell, Die nationale Buchhaltung 1985, Bundesamt für Statistik, Bern 1986.
 - 4 Auch "Urteilsstaat" oder "Erststaat" genannt; unten 1.2.3.
 - 5 Gemäss Volkszählung 1980 waren es 944'974; Statistisches Jahrbuch 1985, S.21; Botschaft 270.
 - 6 Ende 1983 waren 363'177 Auslandschweizer gemeldet; Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1985 S.118.

1.1.2. Beachtung des ausländischen Urteils

Grundsätzlich ist es denkbar (7), dass ein ausländisches Urteil im Inland vollkommen ignoriert wird, mit der Folge, dass vorgängig einer Zwangsvollstreckung ein neuer ordentlicher Prozess über den durchzusetzenden Anspruch durchzuführen ist. Eine solche Regelung erschwert jedoch die Rechtsdurchsetzung im internationalen Verhältnis und belastet den Kläger über Gebühr. Kein Staat, der internationalen Handel treibt, wird sich die vollständige Ignorierung ausländischer Entscheide leisten können, da er alsbald mit Retorsionsmassnahmen (8) des Auslands zu rechnen hätte. Eine restriktive Anerkennungspraxis kann nämlich früher oder später zu Gegenmassnahmen des Auslands führen (9). So stellt sich nicht so sehr die Frage, ob, sondern unter welchen Bedingungen ein ausländisches Urteil im Inland Beachtung finden soll.

1.1.3. Alternativen zur Anerkennung

Ganz frei ist der Gesetzgeber aber keineswegs, denn es besteht nach allgemeiner Auffassung (10) eine Pflicht, den Rechtsschutz - in irgend einer Weise - zu gewährleisten. Die Alternative zur Anerkennung ist deshalb die Zulassung der Parteien zu einem neuen ordentlichen Prozess vor dem inländischen Richter. Ein Zweitprozess führt zum Schreckgespenst des internationalen Rechts überhaupt, zu einander widersprechenden Entscheiden und damit verbundenen "hinkenden Rechtsverhältnissen" (11). Der Zweitrichter untersteht nämlich einem anderen Prozessrecht (12), wendet eventuell ein

7 Zur völkerrechtlichen Pflicht Geimer/Schütze 1359; Keller/Siehr Lehren 616; unten 2.1.3.

8 Hierzu Gutzwiller in Festschrift Mann 169; Geimer/Schütze 1750.

9 Insbesondere dann, wenn der ausländische Staat das Erfordernis des obligatorischen Gegenrechts vorsieht, vgl. ein Beispiel im Verhältnis zwischen Deutschland und dem Kanton Bern, dargestellt bei Stauffer Gegenrecht 16.

10 Guldener IZPR 92; Probst 5; Häfelin/Haller 453f; Geimer/Schütze 1367; Niedermann 12 bei N. 34; vgl. Art. 6 EMRK.

11 Hierzu unten 1.4.3.

12 Guldener IZPR 2 N. 3; Riezler 91ff; Martiny 67f.

anderes materielles Recht an (13), die Prozesstaktik der Parteien wird geändert, andere Beweismittel sind zugelassen, nur ein Teil der Zeugen kann gehört werden und was der Abweichungen mehr sind (14). Diese Unterschiede sind der Entscheidungsharmonie nicht eben förderlich. Hinzu kommen nicht selten politische Rücksichten des urteilenden Gerichtes und weitere unberechenbare Faktoren wie etwa diejenige prozessuale Erscheinung, die von Juristen "richterliches Ermessen", von Laien viel treffender "Zufall" oder "Glück" bzw. "Pech" genannt wird und wohl in jedem Prozess von nicht zu unterschätzender, manchmal entscheidender (15) Bedeutung ist.

1.1.4. Typisches Beispiel

Um die nachfolgenden, recht abstrakten Erwägungen zu illustrieren, möchte ich ein aus wissenschaftlicher Sicht stark überzeichnetes, für die Praxis jedoch durchaus typisches Beispiel (16) darlegen :

Ein mittelgrosses Unternehmen der Maschinenbranche mit Sitz im Zürcher Oberland hat eine **Webmaschine** an eine Tuchweberei ins ferne Ausland geliefert. In der ersten Betriebswoche hat sich ein Unfall ereignet, bei dem ein Arbeiter leicht verletzt wurde, Sachschaden entstand und der Betrieb der ganzen Weberei für einige Tage eingestellt werden musste. Vom Richter am Sitz der Tuchweberei hat der Käufer Schadenersatz zugesprochen erhalten, den er nun vor dem Einzelrichter in Hinwil im Rechtsöffnungsverfahren geltend macht. Der **Zürcher Unternehmer** ist selbstverständlich ein seriöser Kaufmann und ein qualitätsbeflissener Maschinenfabrikant. Völlig überraschend und absolut ungerechtfertigt wurde er von seinem undankbaren Geschäftspartner vor ein offensichtlich unzuständiges, obskures Gericht gezerrt. Nicht einmal die Klageschrift wurde ihm ordnungsgemäss zugestellt. Konfrontiert mit unverständlichen Schriftstücken in einer fremden Sprache wurde er in ein undurchschaubares Verfahren verstrickt, das ihm keinerlei Chance bot, seinen Standpunkt auch nur vorzutragen. Die parteiischen Richter, deren enge Verbindung mit der dortigen Maschinenindustrie notorisch ist,

-
- 13 Jedes Gericht wendet sein eigenes IPR an; Vischer/von Planta 15; Keller/Siehr Einführung 56.
 - 14 Schauwecker 29.
 - 15 Zumindest lassen sich einige Urteile nicht anders erklären; zum Zufall vgl. Peter Stein, Prozessrisiko, Daniel Bernoulli und das Recht auf unentgeltliche Prozessführung, in SJZ 71 (1975) 121ff.
 - 16 Das Beispiel ist erfunden, die Idee ist entlehnt von Martiny 38.

haben ihn schliesslich aufgrund dürftiger oder falscher Beweise verurteilt, wahrscheinlich nur, um dem hohen Ansehen der schweizerischen Industrie zu schaden. Er vertraut jedoch fest darauf, dass der Hinwiler Einzelrichter, bekanntlich ein integrierter und geschätzter Mitbürger, der Gerechtigkeit zum Durchbruch verhilft, die einheimische Firma dem Schutz des schweizerischen Rechts unterstellt - nach dem ein solches willkürliches Skandalurteil nie und nimmer ergangen wäre - und dieses sogenannte "Urteil" für null und nichtig erklärt. Der **ausländische Käufer** schildert eine nicht minder erbarmungswürdige Situation. Die schadhafte Webmaschine ist ihm vom hinterhältigen Schweizer förmlich aufgeschwatzt worden. Erst im nachhinein musste er erfahren, dass er einen veralteten Ladenhüter zu wucherischen Bedingungen erworben hatte, der seit Jahren schon zum alten Eisen gehört. Grobfahrlässige Missachtung elementarer Sicherheitsbestimmungen durch den Hersteller haben zum tragischen Unfall geführt. Der unredliche Schweizer weiss nämlich genau, dass er im Unrecht ist und für den durch seine Schuld verursachten Schaden geradestehen muss. Der Beklagte will nämlich bloss die Schwächen der internationalen Urteilsanerkennung ausnützen und so Recht und Gerechtigkeit entgehen. Schon die Zustellung der Klageschrift versuchte er zu hintertreiben, erhob verschiedene trölerische Unzuständigkeitseinreden, um das Verfahren zu behindern und verhielt sich trotz der in jeder Beziehung objektiven und fairen Haltung des unparteiischen Gerichtes nur destruktiv, um nach Möglichkeit Anerkennungs-hindernisse aufzubauen. Nachdem nun endlich ein rechtskräftiges Urteil, das nach Schweizer Recht auch nicht anders ausgefallen wäre, mit viel Mühe erstritten wurde, versucht der zurecht unterlegene Beklagte mit längst widerlegten Argumenten, die Sache wieder aufzurollen. Er schreckt nicht einmal davor zurück, die traditionell hochstehende Rechtspflege des Urteilsstaates anzuschwärzen, die gerechten Richter zu verleumden und ungerechtfertigtes Misstrauen zu schüren.

1.2.Funktion und Begriff der Anerkennung und Vollstreckung

1.2.1.Stadien der Rechtsdurchsetzung

Die Zivilrechtspflege als Ganzes zerfällt in das Stadium der Rechtsfindung im Erkenntnisverfahren einerseits und in die Rechtsdurchsetzung - freiwillig oder auf dem Wege der Zwangsvollstreckung - andererseits (17). Finden beide Verfahren im selben Staat statt, stösst diese Zweiteilung auf keine Schwierigkeiten, da einheimische Erkenntnisse ohne weiteres

17 Fritzsche/Walder 1 Rz 2; Probst 4.

als Vollstreckungstitel taugen (18). Entweder vollstreckt das erkennende Gericht sein Erkenntnis selbst oder überlässt dies einem Vollstreckungsrichter, der das Urteil materiell selbstverständlich nicht mehr nachprüft. Diese Wirkung hat das Urteil jedoch vorerst nur im Urteilsstaat selbst (19).

Ausserhalb des Urteilsstaates wird das gefällte Urteil nicht ohne weiteres beachtet. Soll der Urteilsspruch in einem anderen Staat durchgesetzt werden, müssen die Urteilswirkungen irgendwie auf den Zweitstaat erstreckt werden, wenn der materielle Streit dort nicht ein zweitesmal ausgefochten werden soll. Allerdings kann es sich kein zivilisierter Staat leisten, die Tatsache, dass die Sache bereits gerichtlich entschieden wurde, vollkommen zu ignorieren. In der einen oder anderen Form wird das ausländische Urteil auch im Inland Beachtung finden müssen, dies vor allem dann, wenn der urteilende Richter auch nach Massgabe unseres Gerichtsstandsrechts zuständig war. Das schweizerische Recht kennt ein Verfahren, in dem ein ausländisches Urteil - ohne materielle Nachprüfung des Erkenntnisses - dann einem einheimischen gleichgestellt wird, wenn es einige besondere Voraussetzungen erfüllt. Die Betonung liegt dabei auf "ohne materielle Nachprüfung", da bei einer Überprüfung der Sachentscheidung, einer "révision au fond" genauso gut ein neues, ordentliches Verfahren im Inland stattfinden (20) könnte und von einer "Anerkennung" des ausländischen Urteils nicht mehr die Rede wäre.

1.2.2.Funktion der "Anerkennung und Vollstreckung"

Um die vom Anerkennungsstaat geforderten Voraussetzungen zu überprüfen, schiebt sich zwischen das ausländische Erkenntnis- und das inländische Vollstreckungsverfahren ein - gegebenenfalls nur gedankliches - Zwischenverfahren ein, das

18 Für die Schweiz gemäss Art. 61 BV; hierzu Guldener IZPR 84ff; Walder ZPR 41 Rz 13 Vogel 15 N 4.

19 Guldener IZPR 91; Schauwecker §2; Riezler 509; Geimer/Schütze 1386; Rosenberg/Schwab 952; Geimer Prüfung 1; Perret 243.

20 Guldener IZPR 95 N.16; Schauwecker 33; Martiny 149; Geimer/Schütze 1465 und 1753; zur révision au fond unten 1.6.2.

die Wirkungen des ausländischen (21) Urteils auf das Inland erstreckt, bzw. das Urteil als Vollstreckungstitel in der inländischen Zwangsvollstreckung zulässt.

Dieses Zwischenverfahren, die "Anerkennung und Vollstreckung" (22) ist scharf von der nachfolgenden Zwangsvollstreckung zu trennen. Die Vollstreckbarerklärung öffnet den inländischen Vollstreckungsweg für ein ausländisches Urteil, die nachfolgende Zwangsvollstreckung selbst richtet sich ganz nach inländischem Recht (23) und macht keinen Unterschied zwischen inländischen und ausländischen Vollstreckungstiteln.

1.2.3.Begriffe

"Anerkennung" ist ein Begriff des Zivilrechts und bezeichnet den Vorgang, der bereits bestehenden Rechtsverhältnissen eine einwandfreie Grundlage geben soll (24). Im internationalen Verfahrensrecht bedeutet "Anerkennung" die Feststellung, dass das ausländische Urteil auch im Inland wirksam ist (25) bzw. die Erstreckung gewisser Wirkungen eines ausländischen Urteils auf das Inland. Die Anerkennung beschränkt sich auf alle diejenigen Wirkungen, die ohne eigentliche Vollstreckungsmassnahmen eintreten (26), insbesondere für die Rechtskraft, die Feststellungs- und die Gestaltungswirkungen, bewirkt jedoch nicht die Vollstreckbarkeit im Zweitstaat (27). Die Zulassung eines ausländischen Urteils zur inländischen Zwangsvollstreckung greift nämlich stärker in die Souveränität des Zweitstaates ein als die passive Hinnahme einer bloss

-
- 21 Urteile schweizerischer staatlicher Gerichte bedürfen eines solchen Verfahrens nicht; Keller/Siehr Einführung 57; zu den Schiedsgerichten vgl. Art. 44 Konkordat.
- 22 Der von Niedermann vorgeschlagene Oberbegriff "Akzeptation" scheint sich nicht durchgesetzt zu haben; gelegentlich ist auch von "Transformation", "Inkorporierung" "Nationalisation" oder "Nostrifizierung" die Rede; vgl. Martiny 169 bei N.1096 mit Nachweisen; Perret 244.
- 23 Vgl. Deutschland 6 Abs.2; Liechtenstein 4 Abs.2; Tschechoslowakei 6.
- 24 Niedermann 27.
- 25 Storck 6; Geimer/Schütze 1385; im einzelnen unten 11.1.1.
- 26 Bertheau 9; Storck 7; Rosenberg/Schwab 952; Geimer Prüfung 26; Schwander 203.
- 27 Guldener IZPR 91 bei N.2f; Probst 20.

aner kennungs fähigen Urteilswirkung (28). Die Vollstreckbarkeit im Inland ist eine neue Eigenschaft, die dem Urteil verliehen werden muss und die nicht bloss erstreckt werden kann (29). Diese Wirkungsverleihung bezeichnen wir mit "Vollstreckbarerklärung".

Häufig wird jedoch statt von "Vollstreckbarerklärung" einfach von "Vollstreckung" gesprochen, so auch in dieser Arbeit. Um die hiervon scharf zu trennende eigentliche Vollstreckung unterscheiden zu können, wird letztere im folgenden stets als "Zwangsvollstreckung" bezeichnet. Zahlreiche Ausführungen gelten allerdings für die Anerkennung in gleichem Masse wie für die Vollstreckung, so dass im allgemeinen das eine als pars pro toto steht. Ist nur vom einen die Rede, werden die Ausdrücke "Anerkennung im engeren Sinn" und "Vollstreckbarerklärung" bzw. "Exequatur" verwendet.

Das Land, in welchem das anzuerkennende Urteil gefällt worden ist, heisst "Urteilsstaat", "Erststaat" (30) oder "Prozessstaat", dasjenige, wo das Urteil Wirkungen entfalten soll "Zweitstaat", "Anerkennungsstaat" oder "Vollstreckungsstaat". Diese Begriffspaare werden auch in anderer Zusammensetzung verwendet. So ist etwa vom Erst- und Zweitrichter oder vom Urteils- und Vollstreckungsverfahren die Rede.

1.3. Verhältnis zwischen Anerkennung und Vollstreckung

Die Anerkennung und die Vollstreckung folgen in vielfacher Hinsicht den selben Regeln. Die meisten kantonalen Prozessordnungen (31) unterscheiden im Gegensatz etwa zu den neueren Vollstreckungsverträgen und zur deutschen Zivilprozessordnung

28 Liechti 31; Niedermann 31; Schauwecker 32.

29 Geimer/Schütze 1412; Rosenberg/Schwab 953; Martiny 197 bei N.1302; unten 11.5.1.

30 Terminologie von Jellinek 22f; vgl. auch Kaufmann Tendenzen 362; Martiny 34.

31 Mit drei Ausnahmen : ZH 191 Abs.3 im Gegensatz zu 302 Abs.1; SZ 164 Abs.3 und 230 Abs.1; ZG 225 Abs.1 und Abs.2; vgl. Probst 21; Thorens 173 bei N.19.

(32) nicht zwischen diesen zumindest theoretisch doch grundverschiedenen Rechtsfiguren. Die Rechtslehre hat sich hingegen intensiv mit diesem Verhältnis beschäftigt (33). Im folgenden seien vier Aspekte betrachtet: das Anwendungsgebiet, die Voraussetzungen, das Verfahren und die Wirkungen.

1.3.1. Anwendungsgebiet

Die Frage der Anerkennungsfähigkeit kann sich bei jedem ausländischen Urteil stellen, welchen Inhalt dieses auch aufweist. Auch ein ausländisches Leistungsurteil ist nämlich bloss anerkennungsfähig (34). Dies wird etwa aktuell, wenn der im Ausland obsiegende Kläger eine erneute, diesmal mit vertauschten Parteirollen im Inland durchzuführende Zweitklage durch Einrede der abgeurteilten Sache verhindern will. Allerdings gibt es Urteile, die aufgrund ihres Inhaltes nur anerkennungsfähig sind und nicht als Vollstreckungstitel taugen, so alle Feststellungs- und Gestaltungsurteile sowie die Klageabweisungen (35). Demgegenüber können nur Leistungsurteile und allenfalls der Kostenpunkt eines anderen Urteils vollstreckt werden.

1.3.2. Voraussetzungen

Sieht man von den besonderen Voraussetzungen ab, die ein Urteil erfüllen muss, um für die Vollstreckung überhaupt in Frage zu kommen, also dem vollstreckbaren Inhalt und der Vollstreckbarkeit gemäss erststaatlichem Recht (36), so müssen für die Anerkennung wie die Vollstreckung **identische**

32 Belgien 1 und 4; Deutschland 1 und 6; Italien 1 und 3; Liechtenstein 1 und 4; Österreich 1 und 5; Schweden 1 und 8; Tschechoslowakei 1 und 3; nicht jedoch die beiden ältesten Verträge mit Frankreich und Spanien; Kaufmann Tendenzen 364; Niedermann 32; § 328 im Gegensatz zu § 722f dtZPO.

33 Niedermann 33; Probst 20; Jellinek 139 und 141; Kallmann 311; Liechti 31; Storck 64; Perret 243; Kaufmann Tendenzen 364f; Wolff 325; Martiny 197; schon Strehler 9ff; Achermann 4; Keller/Siehr Lehren 618.

34 Storck 7.

35 Unten 11.1.1.; Sträuli/Messmer, N.1 zu § 302 ZPO; Probst 8; Strehler 10; zu den Klageabweisungen Martiny 223; Keller/Siehr Lehren 618.

36 Hierzu unten 5.5.2.; Probst 21 unten.

Voraussetzungen erfüllt sein (37). Einem Urteil, das seiner Natur nach vollstreckbar ist darf nicht bloss die Anerkennung zugestanden, die Vollstreckung jedoch verweigert werden. Das in diesem Zusammenhang wohl meistzitierte Beispiel ist der Fall des fehlenden Gegenrechts, wenn alle übrigen Voraussetzungen erfüllt sind (38) und die Vollstreckung, nicht jedoch die Anerkennung vom Gegenrecht abhängig gemacht wird (39). Bei einer solchen Regelung bleibt der Vollstreckungskläger jedoch endgültig ohne Rechtsschutz im Inland: vollstrecken kann er wegen fehlenden Gegenrechts nicht, da jedoch alle Anerkennungsvoraussetzungen erfüllt sind, kann der Beklagte gegen eine erneute Klage im Inland die Einrede der abgeurteilten Sache erheben. Dies ist jedoch ein ungerechtes, ja unsinniges Ergebnis. Die allgemeinen Voraussetzungen müssen deshalb identisch sein.

1.3.3.Verfahren

Bezüglich des Verfahrens unterscheiden sich Anerkennung und Vollstreckung grundlegend. Für die blosser Anerkennung ist im autonomen Recht gar kein formelles Verfahren vorgesehen, vielmehr wird hierüber regelmässig vorfrageweise entschieden (40). Anlässlich eines Registereintrags beruft sich der Gesuchsteller auf ein ausländisches Urteil, bei der Einrede der res iudicata stellt sich die Vorfrage, ob jenes Urteil anerkannt wird. Ein formelles Feststellungsverfahren ist zwar denkbar, in der Praxis jedoch nicht häufig (41). Ganz anders bei der Vollstreckbarerklärung : sie wird stets in einem formellen Verfahren erteilt. Allerdings ist ein separates Vollstreckbarerklärungsverfahren ("Exequatur") ebenfalls äusserst selten. Regelmässig fällt die Vollstreckbarerklärung - zumindest zeitlich - mit dem Entscheid über die Zwangsvoll-

37 Kaufmann-Kohler 216; Schlussbericht 86; Sträuli/ Messmer, N.1 zu § 302 und N.23 zu § 191 ZPO; Niedermann 34; Storck 65; Probst 21; unten 11.2.2.

38 Vgl. Habscheid 335; Strehler 10.

39 § 377 Abs.1 altZPO ZH sah das Gegenrecht nur für die Vollstreckbarerklärung vor; vgl. Guldener IZPR 194 Ziff.3; unten 8.1.2..

40 BGE 98 I 546 mit Zitaten; Guldener IZPR 115; SemJud 1973 568; Niedermann 35; Kallmann 316; Petitpierre 171; unten 12.2.1.

41 Zu Feststellungsklagen unten 12.3.1.; zum Exequatur unten 12.4.1.

streckung selbst zusammen, bei Geldforderungen im Rechtsöffnungsverfahren (42), bei anderen Leistungsurteilen im kantonalen Zwangsvollstreckungsverfahren (43).

1.3.4. Wirkungen

Um den Unterschied zwischen "Anerkennung" und "Vollstreckung" darlegen zu können, müssen zuerst die verschiedenen Arten von möglichen Urteilswirkungen erläutert werden (44). Jedes endgültige Urteil, ein ausländisches gleich wie ein inländisches, hat in erster Linie eine Wirkung : die materielle Rechtskraft (45). Die Sache soll ein für alle mal entschieden und ein erneuter Prozess zum selben Thema ausgeschlossen sein. Daneben kann ein Urteil - je nach seinem Inhalt - ein Rechtsverhältnis gestalten, einen Zustand, insbesondere den rechtlichen Status feststellen, etwas befehlen oder aber verbieten.

Die meisten dieser Wirkungen bedürfen zu ihrer Verwirklichung keiner weiteren staatlichen Hilfe, sie treten von allein und ohne weiteres ein. So schafft ein Gestaltungsurteil selbst und unmittelbar Recht und hält ein Feststellungsurteil einen Rechtszustand autoritativ fest, ohne dass es eines Zwangsvollstreckungsverfahrens bedürfte. Auch die materielle Rechtskraft und mit ihr die Einrede der abgeurteilten Sache entstehen ohne weiteres. Im Gegensatz hierzu stehen die Befehle oder Verbote, die ein Tun, Dulden oder Unterlassen zum Inhalt haben, die sogenannten Leistungsurteile. Wird ein solches Urteil nicht freiwillig befolgt, muss der Unterlegene mit Hilfe staatlicher Macht hierzu gezwungen werden.

Bezüglich der Wirkungen ist der Unterschied zwischen Anerkennung und Vollstreckung zumindest rechtstheoretisch betrachtet ein wesentlicher : Die Anerkennung hat die Erstreckung bestehender Wirkungen auf das Inland zur Folge, die Vollstreckbarerklärung verleiht einem ausländischen Urteil

42 Fritzsche/Walder 19 Rz 2ff; Panchaud/Caprez 280ff; unten 12.5.1.

43 Haubensak passim; Vogel 15 N.7; Sträuli/Messmer, N.25 zu § 302 ZPO.

44 Hierzu Guldener ZPR 192; Storck 64f; Probst 6f; Raape/Sturm 357f.

45 Walder ZPR 26 Rz 1; Liechti 31.

eine neue Wirkung, die Vollstreckbarkeit im Inland (46). Die Anerkennung hat deklaratorische, die Vollstreckung konstitutive Wirkung (47).

1.4.Motive für und wider die Anerkennung und Vollstreckung

1.4.1.Freiheit des Gesetzgebers

Der Gesetzgeber ist frei, die Rolle eines ausländischen Urteils im Inland (48) zu bestimmen. Hierbei hat er die verschiedenen, gegensätzlichen Interessen zu beachten und wird versuchen, eine Regelung zu finden, die es erlaubt, ausländische Urteile wenn immer möglich anzuerkennen, ohne den Rechtsschutz des im Erstverfahren Unterlegenen zu gefährden. Dies ist jedoch ein fast unmöglicher Ausgleich der beteiligten Interessen (49).

Jedes Urteil ist eine Feststellung von Rechten und Pflichten der Parteien, also ein Sachentscheid und somit gleichsam das Ergebnis logischer Konsequenz (50). Dies spricht für eine weltweite Beachtung, ist doch die Logik nicht an Grenzen gebunden. Das Urteil ist der Schlussstrich unter der Auseinandersetzung der Parteien und darf von diesen nicht mehr in Frage gestellt werden : *res iudicata pro veritate accipitur* (51). Andererseits ist das Urteil in mindestens gleichem Masse ein politischer Akt wie ein solcher der reinen logischen Konsequenz (52). Es stellt den hoheitlichen Akt eines souveränen Staates dar und verdankt seine Wirkungen dieser Souveränität des Urteilsstaates. Diese endet jedoch an dessen

46 Geimer/Schütze 971 bei N.2 und 1412ff; Rosenberg/Schwab 953; Geimer Prüfung 27.

47 Unten 11.1 und 11.2.; Niedermann 30; Guldener IZPR 91; Martiny 197; Geimer/Schütze 1013 und 1413 bei N.8; Riezler 515; anderer Ansicht Habscheid 335.

48 Zu den verschiedenen Möglichkeiten unten 1.6.

49 Guldener IZPR 92f; Geimer/Schütze 1367ff; Martiny 37ff; Süss in FS Rosenberg 230, der von der Skylla ängstlicher oder gar chauvinistischer Nichtanerkennung und der Charybdis kritikloser Zulassung aller ausländischer Urteile spricht.

50 Niedermann 5; Martiny 73.

51 Ulpian Digesten I,5,25.

52 Petitpierre 1 N 6.

Staatsgrenzen (53), was gegen die Anerkennung des Entscheides ausserhalb des Urteilsstaates spricht.

1.4.2. Interessen der Parteien und Dritter

Die im Urteilsverfahren **obsiegende** Partei - sei es der Kläger, sei es der Beklagte - hat ein natürliches Interesse daran, dass das sie begünstigende Urteil nicht mehr in Frage gestellt werden kann. Der siegreiche Kläger möchte schnell und ungehindert im Zweitstaat vollstrecken (54), der siegreiche Beklagte in einem allfälligen Zweitprozess die Einrede der abgeurteilten Sache erheben können.

Das Interesse der im Urteilsverfahren **unterlegenen** Partei ist offensichtlich gegensätzlich. Eine Nichtanerkennung gibt ihr nämlich die Chance, ihren Standpunkt erneut - diesmal vielleicht erfolgreicher - vortragen zu können. Unter Umständen kann sie sogar hoffen, die siegreiche Gegenpartei werde bei einer Nichtanerkennung schon aus Rücksicht auf Mühe, Zeit und das Prozesskostenrisiko auf einen dornenvollen Zweitprozess verzichten (55). Im Anerkennungsverfahren selbst möchte der Unterlegene möglichst viele Einreden und Einwendungen vorbringen, wenn möglich auch zur Tatbestandsermittlung und Rechtsanwendung durch den Erstrichter.

Das Urteil "begünstigt" unter Umständen beide Parteien, insbesondere bei Urteilen der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Aber auch ein **gemeinsames** Interesse an Rechtssicherheit kann eine Rolle spielen : auch für die unterlegene Partei kann die Rechtsbeständigkeit der einmal gefällten Entscheidung wichtig sein, insbesondere bei Statusurteilen (56). Hinzu kommt das Prozesskostenrisiko (57), das bei Durchführung eines zweiten ordentlichen Verfahrens beide Parteien gleich belasten würde

53 Geimer Prüfung 1 bei N.3; Riezler 509; Schauwecker 26.

54 Bzw. die Anerkennung feststellen lassen; vgl. Liechti 7; Geimer/Schütze 1372; Martiny 38.

55 Schon eine hohe Ausländerkaution kann abschrecken; andererseits zeigt die Erfahrung, dass ein Exequaturverfahren unter Umständen mühevoller sein kann als ein ordentlicher Prozess, vgl. das unten 5.3.1. zitierte Beispiel.

56 Geimer/Schütze 1377; Paradebeispiel : Scheidung.

57 Vgl. § 3 und § 6 Ziff.2 der Verordnung des Zürcher Obergerichtes über die Gerichtsgebühren, Zürcher Gesetzessammlung 211.11.

und regelmässig deutlich grösser ist als im Anerkennungsverfahren, das häufig ein summarisches ist (58). Allerdings können auch gemeinsame Interessen beider Parteien nur so weit berücksichtigt werden als die Parteiautonomie reicht (59). Auch **Dritte** haben bisweilen ein Interesse an Rechtssicherheit. So vertraut die Braut des zuvor im Ausland Geschiedenen auf die Rechtsbeständigkeit dieser Scheidung auch im Inland. Der umgekehrte Fall ist ebenso denkbar : inländische Gläubiger können ein vitales Interesse an der Nichtanerkennung konkurrierender Forderungen haben, die sich auf ein ausländisches Urteil stützen (60).

1.4.3. Interessen des Urteilsstaates

Der Urteilsstaat hält verständlicherweise sein Urteil für richtig und möchte es überall, auch ausserhalb seiner Staatsgrenzen beachtet wissen (61). Seine Gerichte konnten ihr eigenes Prozessrecht, IPR des Erststaates und häufig auch das inländische materielles Recht anwenden. Die Gefahr besteht aber, dass der Urteilsstaat seine Entscheidungen in jedem Falle als die einzig richtigen betrachtet und seine Gerichtshoheit durch Zulassung weitreichender Gerichtsstände übermässig ausdehnt. So nehmen etwa amerikanische Gerichte bisweilen Zuständigkeiten in Anspruch, die sich wohl nur als Rechtsimperialismus bezeichnen lassen (62). Auch ist es dem Ansehen des Urteilsstaates nicht eben förderlich, wenn seine Urteile jenseits der Grenzen nicht anerkannt werden. Die

58 Vgl. etwa ZH 302 und 204ff.

59 So wird die Anerkennungsfähigkeit einer ausländischen Konventionalscheidung von Amtes wegen geprüft werden müssen; vgl. Art.137 der Zivilstandsverordnung; unten 12.2.1.

60 Nur ein Beispiel unter vielen ist die konkursite schweizerische Tochtergesellschaft einer ausländischen Mutter. Für die Muttergesellschaft ist es nämlich ein leichtes, an ihrem Sitz Urteile gegen ihre Tochter zu "erstreiten" und so die "gewöhnlichen" Gläubiger durch gerichtliche Zusprechung fiktiver oder doch zumindest fragwürdiger Ansprüche zu prellen. Diese Gefahr kann nur durch Nachprüfung des Urteils am Orte des Konkurses gebannt werden.

61 Liechti 9; Martiny 44ff; vgl. auch Schauwecker 29.

62 Bsp. "transacting business"; unten 6.1.1.; Kaufmann-Kohler 235ff; die deutsche Lehre spricht von "exorbitanten Gerichtsständen", Geimer/Schütze 302; Kaufmann Tendenzen 378; vgl. auch die Literatur zum EWG-Vertrag, zitiert bei Volken 54, N. 6.

Wirkungslosigkeit im Ausland untergräbt, falls publik gemacht, das Vertrauen des Bürgers in die eigenen Gerichte. An der Vermeidung einander widersprechender Urteile und damit verbundener "hinkender" Rechtsverhältnisse haben grundsätzlich alle Staaten ein starkes Interesse, führen doch solche Verhältnisse wie etwa "hinkende Ehen" zu unerfreulichen Zuständen (63). Im internationalen Handelsrecht stehen allerdings Leistungsurteile, zumeist lautend auf Geldzahlung, im Vordergrund. Auch in dieser Materie sind zwar einander widersprechende Urteile nicht von Gutem und führen zu zahlreichen Unzukömmlichkeiten (64). Dennoch sind sie leichter zu verschmerzen als hinkende Statusverhältnisse.

1.4.4. Interessen des Anerkennungsstaates

a) Souveränität

Der souveräne Zweitstaat sieht sich mit einer hoheitlichen Entscheidung eines ausländischen Souveräns (bzw. dessen Gerichten) konfrontiert. Er muss seine Souveränität bewahren und seine eigenen Bürger vor unzumutbarer fremder Gerichtsbarkeit schützen.

Schon der Bundesbrief von 1291 sprach von fremden Richtern :

"Einmütig haben wir beschlossen, in unseren Tälern keinen Obmann oder Vogt anzuerkennen, ... , der nicht unser Landsmann ist." (65)

Der heutige Blickwinkel ist zwar durchaus von dem der alten Eidgenossen verschieden, der Gedanke der nationalen Selbstbestimmung bleibt jedoch zeitlos. Die fremden Vögte von damals sind die ausländischen Gerichte und Verwaltungsbehörden von heute. Man denke nur an gewisse amerikanischen Behörden, die sich kaum um staatliche Souveränität von Drittstaaten kümmern (66). So erlaubt sich etwa die amerikanische Wertpapierbehörde Securities an Exchange Commission (SEC), aus den

63 Fall Cardo BGE 94 II 65; Fall Caliaro 80 I 427; Dal Bosco 97 I 389; zum Streben nach internationalem Entscheidungseinklang Martiny 52; Schauwecker 31; vgl. auch Vischer/von Planta 11 und 77.

64 Bsp. Probleme der Rückleistung; unten 11.7.2.

65 Freie Übersetzung des lateinischen Originaltextes.

66 Hans-Jürg Schürmann, Shoot first, ask later, in Bilanz 12/1983 63ff; vgl. auch Honegger passim.

USA in die Schweiz zu telefonieren, um Anwälte über von ihnen vertretene schweizerische Gesellschaften zu befragen (67).

b) Schutz der eigenen Staatsbürger

Nebst dem Souveränitätsgedanken wird bisweilen auch der Schutz der eigenen Staatsbürger durch eine restriktive Anerkennungspraxis als Argument gegen eine Liberalisierung in die Waagschale geworfen (68). Im Ausland unfair behandelte Schweizer sollen durch Nichtanerkennung des Entscheids im Inland geschützt werden. Diesem Schutz kann der Vorbehalt des *ordre public* und Art. 59 BV dienen, nicht jedoch eine generelle restriktive Anerkennungsregelung. Denn es ist nicht vom vornherein klar, in welcher Parteirolle der Schweizer am ausländischen Verfahren teilnimmt. Es ist durchaus denkbar, dass er sich als siegreicher Beklagter auf das ausländische Verfahren als *res iudicata* berufen will oder auch, dass er am ausländischen Wohnsitz des Schuldners geklagt hatte und dieses Urteil hier in der Schweiz vollstrecken will. Diesem Schweizer wäre eine strenge Anerkennungspraxis keineswegs dienlich.

c) Gegenseitigkeit

Ein wichtiges Motiv für eine liberale Anerkennungspraxis ist die Hoffnung auf Gegenseitigkeit (69). Zahlreiche Rechtsordnungen (70) machen nämlich zumindest die Vollstreckung von der Gegenseitigkeit abhängig. Auch der heutige Anerkennungsstaat kann sich ja bald in der Rolle des Urteilsstaates wiederfinden und hat dann ein gleiches Interesse, dass seine Urteile im Ausland anerkannt werden.

67 Dabei kann man über die Praxis der SEC nur staunen: so erhielt ein Zürcher Rechtsanwalt einen solchen Telefonanruf zu späterer Abendstunde in seiner Privatwohnung.

68 Süss in FS Rosenberg 229f.

69 Guldener IZPR 92 N.3b; Liechti 9; Achermann 2f; unten 8.2.

70 Bsp. § 328 dtZPO aber auch ZH 302 Abs.1; BE 401 Abs.4; LU 325 Abs.2; UR 295 Abs.4; SZ 230 Abs.1; OW 295 Abs.1 lit.d; NW 249 Abs.3; ZG 225 Abs.2; FR 346 Abs.2 lit.e; SO 323 Abs.5; BS 258 Abs.4; AI 314; AG 378 Abs.2; TG 320; TI 511 Abs.2; VD 507 Abs.3; VS 383 Abs.2 Ziff.5; GE 472E lit.d; JU 394 Abs.4, nicht jedoch bsp. SH; zur Rechtsvergleichung: Geimer/Schütze 1781ff.

d)Entlastung inländischer Gerichte

Die Prozessökonomie spricht zweifellos für die Anerkennung ausländischer Urteile, da hierfür wegen der beschränkten Nachprüfung das summarische Verfahren genügt. Angesichts der beträchtlichen Arbeitslast der inländischen Gerichte ist die Vermeidung eines Zweitprozesses im ordentlichen Verfahren wünschenswert (71). Allerdings ist dabei zu beachten, dass bei Nachprüfung des ordre public die Unterschiede zwischen summarischem und ordentlichem Verfahren zusammenschmelzen können (72).

e)Umgehung zwingenden schweizerischen Rechts

Bei der Anerkennung wird nicht nachgeprüft, ob ein schweizerisches Gericht das selbe materielle Recht angewandt hätte (73), so dass durch geschickte Wahl des Gerichtsstandes auch zwingende Normen unserer Rechtsordnung umgangen werden können. Dies ist insbesondere bei ungleich starken Parteien stossend, kann doch der Stärkere durch Diktat einer Gerichtsstandsklausel (74) allfälliges schweizerisches Schutzrecht umgehen.

1.5.Hauptschwierigkeiten

1.5.1.Ideal : Gleichwertige Rechtsprechung im Ausland

Die wohl überzeugendste Begründung (75) der Anerkennung liegt in der grundsätzlichen Gleichwertigkeit der beteiligten Rechtsordnungen, ihrer Austauschbarkeit. Von dieser Überlegung geht ja auch das IPR aus : bei einer genügend engen Beziehung des Sachverhalts zum Ausland wendet auch ein schwei-

71 Stauffer 16.

72 Die ordre public-Prüfung verlangt eine Beurteilung sowohl des Verfahrens als auch der Sachverhaltsfeststellung und der Rechtsanwendung.

73 Unten 10.4.; es gibt allerdings - ausserhalb des Handelsrechts - Ausnahmen.

74 Zur Prorogation unten 6.4.1.; zum "forum shopping" unten 9.3.4.; Geimer/Schütze 629 und 819; Kaufmann-Kohler 232; BGE 97 I 15.

75 Guldener IZPR 92; Schauwecker 34; Guldener ZPR 619 N.18; Martiny 123 N.260; Liechti 9 bei N.2; vgl. auch Geimer/Schütze 967 zum EWG-Vertrag.

zerisches Gericht ausländisches Recht an. Dies ist möglich, weil dieses mit dem einheimischen Recht gleichwertig erscheint und dessen Anwendung die einheimischen Rechtsvorstellungen nicht verletzt. Erst wenn das ausländische Recht in unerträglicher Weise von unseren Auffassungen abweicht, greift der Vorbehalt des *ordre public* ein und schweizerisches Recht findet Anwendung.

Eine solche Gleichwertigkeit wird auch im internationalen Zivilprozessrecht angenommen. Dann, wenn nach unseren Gerichtsstandsregeln das Urteilsgericht als kompetent zu betrachten ist, kann ihm die Entscheidung überlassen werden, da sein Verfahrensrecht zwar nicht gleich aber doch zumindest gleichwertig erscheint. Aus dieser Optik betrachtet ist es besser, kleine Unzukömmlichkeiten des ausländischen Prozesses in Kauf zu nehmen als durch die Durchführung eines erneuten Prozesses den internationalen Entscheidungseinklang zu gefährden.

1.5.2. Misstrauen gegenüber ausländischem Verfahrensrecht

Die Praxis stimmt allerdings nicht mit dieser Theorie überein (76). Es fällt nicht leicht, das englische Verfahren nach Order 14 (77) einem schweizerischen Zivilprozess gleichzusetzen, von der "pre-trial-discovery" (78) ganz zu schweigen. Aber auch Urteile aus Staaten, deren Wirtschaft verstaatlicht ist (79), stossen - ob zu Recht oder zu Unrecht (80) - auf Misstrauen. Denn wo der Staat sowohl Richter als auch (in Form eines Staatsunternehmens) Partei sein kann, muss dessen Entscheidung zum vornherein suspekt sein.

1.5.3. Verschiedenheit des IPR

Hinzu kommt, dass jedes Gericht sein eigenes IPR anzuwenden hat und dieses sehr wohl auf ein anderes materielles Recht

76 So zumindest die Überzeugung des Verfassers; gleicher Meinung Schauwecker 28 Ziff.2; Süss in FS Rosenberg 230; vgl. Martiny 59.

77 Vgl. BGE 107 Ia 198 E.4.

78 Zur pre-trial-discovery Honegger 108ff; Shenefield 137; Frei 200.

79 Insbesondere Ostblockländer und einige Staaten der dritten Welt.

80 Die notorischen Missstände betreffen zumeist die Verwaltung, nicht immer auch die Zivilgerichte.

verweisen kann als unser eigenes Kollisionsrecht. Dies ist allerdings im internationalen Handelsrecht zumeist nicht besonders störend, folgen doch die meisten Rechtsordnungen in Handelssachen ähnlichen Regeln. Dennoch sind auch hier stossende Ergebnisse möglich. Dies bsp. dann, wenn das gemäss ausländischem IPR anwendbare Statut das Institut der Verrechnung nicht kennt, bzw. im konkreten Fall nicht zulässt, das gemäss schweizerischer Auffassung anwendbare Recht die Verrechnung aber erlaubt hätte. Durch die vorbehaltlose Anerkennung würden wir den Schuldner seiner Verrechnungsmöglichkeit berauben (81).

1.5.4.Dilemma des Gesetzgebers

Der Gesetzgeber, der sich über die Anerkennungsprinzipien aussprechen muss, würde aus Rücksicht auf den internationalen Entscheidungseinklang, aus zwischenstaatlicher Solidarität und in der Hoffnung, seine eigenen Urteile würden im Gegenzug auch im Ausland vermehrt anerkannt, ausländische Urteile wenn immer möglich anerkennen. Andererseits misstraut er zahlreichen ausländischen Prozessordnungen und Gerichten und möchte die Anerkennungsbeklagten vor unfairen Urteilen schützen. Auch wird er in Betracht ziehen müssen, dass in der Praxis wohl doch häufiger ein ausländischer Kläger gegen einen inländischen Beklagten vollstrecken will als umgekehrt, was den Gedanken des "Schutzes der eigenen Staatsbürger" (82) aktuell macht.

Ein probates Mittel scheint mir zu sein, mit den "vertrauenswürdigen" Partnern Vollstreckungsverträge zu schliessen, wie es die Schweiz mit allen ihren Nachbarn (83) getan hat.

81 Im ausländischen Verfahren kann er diese Einrede nämlich nicht geltend machen, im schweizerischen Rechtsöffnungsverfahren nur, wenn er seine Gegenforderung mit einem mindestens zur provisorischen Rechtsöffnung berechtigenden Titel belegen kann; Fritzsche/Walder 19 Rz 20 unter Bezug auf Obergericht BL in BLSchK 43 (1979) Nr.46.

82 Oben 1.4.4. unter lit.b.

83 Sowie einer weiteren, eher zufällig anmutenden Auswahl von Staaten wie etwa Schweden, Spanien oder der Tschechoslowakei.

Gegenüber Nichtvertragsstaaten darf dann ruhig eine strengere Nachprüfung stattfinden (84).

1.6.Mögliche Lösungen

Dem Anerkennungsgesetzgeber stehen verschiedene Möglichkeiten offen, die Rolle des ausländischen Urteils zu bestimmen (85). Die möglichen "Anerkennungsgrade" seien hier in aufsteigender Reihenfolge erläutert.

1.6.1.Ignorierung

Von Völkerrechts wegen steht nichts entgegen, die Tatsache eines ausländischen Urteils vollkommen zu ignorieren (86). Das ausländische Urteil ist dann weder Vollstreckungstitel noch Beweismittel, es existiert aus der Sicht des Zweitstaates gar nicht. Dies führt dazu, dass der Anerkennungskläger einen neuen Prozess im Inland anstrengen und die ganze Sache ab ovo darlegen muss. Die völlige Ignorierung ist jedoch selten (87). Eine Spielart stellt die Beschränkung der Anerkennung auf Staatsverträge dar : ausländische Urteile werden nur im Verhältnis zu Vertragsstaaten anerkannt, nicht jedoch aufgrund autonomen Rechts (88).

1.6.2.Révision au fond

Es ist denkbar, dass sich der Zweitstaat trotz grundsätzlicher "Anerkennung" ausländischer Urteile das Recht vorbe-

84 Dies steht im Gegensatz zur Tendenz des IPRG, die Anerkennung aufgrund autonomen Rechts, also gegenüber Nichtvertragsstaaten, zu erleichtern; vgl. Keller/Siehr Lehren 639.

85 Zur Rechtsgeschichte vgl. Schnitzer 900ff; Martiny 10ff; Riezler 50ff; Achermann 1f; für Zürich Strehler 54ff.

86 Guldener IZPR 92; Geimer/Schütze 1359; anderer Ansicht Probst 19; unten 2.1.3.

87 Martiny 33 bei N.214; Niedermann 5 bezeichnet die völlige Ignorierung als "kaum noch erträglich".

88 Insbesondere Ostblockstaaten anerkennen nur aufgrund von Staatsverträgen. Sie ziehen allerdings ohnehin Schiedsverfahren der staatlichen Gerichtsbarkeit vor und sind auch allesamt Vertragsstaaten der New Yorker Konvention; vgl. aber auch LU 325 Abs.2 und BL 286.

hält, den Entscheid in der Sache selbst, also hinsichtlich der Tatbestandsermittlung und der "richtigen" Rechtsanwendung seitens des Erstrichters nachzuprüfen (89). Der Vollstreckungsbeklagte kann also einwenden, das Urteil sei unrichtig und so eine weitgehende materielle Nachprüfung bewirken. Bei einer solchen Regelung kann jedoch von einer eigentlichen Anerkennung bzw. Vollstreckung des ausländischen Titels keine Rede mehr sein (90). Der Vollstreckungskläger, der beweisen muss, dass der zu vollstreckende Entscheid auf einer zutreffenden Feststellung des Tatbestandes und auf richtiger Rechtsanwendung beruht, ist nämlich kaum in einer besseren Lage, als derjenige, der ein neues ordentliches im Zweitstaat Verfahren beginnen muss (91). Im schweizerischen Vollstreckungsrecht ist die Révision au fond ausgeschlossen (92).

1.6.3. Nichtnachprüfung des Tatbestandes

Eine etwas weniger restriktive Lösung besteht darin, dass das Zweitgericht den Tatbestand dem erstinstanzlichen Urteil zu entnehmen hat, jedoch die Rechtsanwendung durch den Erstrichter überprüfen darf. Dieses bei Rechtsmittelverfahren gängige Prinzip (93) ist im schweizerischen Anerkennungsrecht nicht bekannt. Entweder ist der Zweitrichter sowohl an Sachverhaltsfeststellung als auch Rechtsanwendung des Erstrichters gebunden oder an keines von beidem (94).

89 Schauwecker 33; etwa in Südafrika VPB 1966/1967 Nr.78; vgl. jedoch die neue Protection of Business Act von 1978, hierzu Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Bielefeld) 1983 309.

90 Oben 1.2.1.

91 Guldener IZPR 95 N.16; Martiny 149; Geimer/Schütze 1465ff.

92 Ausdrücklich Art.25 Abs.3 IPRG; Belgien 3 und 7; Deutschland 5; Italien 4 Abs.2; Liechtenstein 3 und 6; Österreich 1 Abs.2 und 5 Abs.2; Schweden 6; Spanien 5 Abs.1; Tschechoslowakei 1 Abs.2 und 3 Abs.2; Keller/Siehr Einführung 58; Liechti 52; Storck 10; Perret 244; vgl. auch Martiny 118 und 149; Jellinek 188; Geimer/Schütze 1465ff; Raape/ Sturm 353 Ziff.4; Riezler 525; Geimer Prüfung 41; Keller/Siehr Lehren 625.

93 So etwa im Berufungsverfahren vor Bundesgericht gemäss Art.63 OG.

94 Auch bei Nichtanerkennung spielt das ausländische Urteil eine gewisse Rolle; unten 11.7.1.

1.6.4. Actio iudicati

Man kann das Ersturteil - trotz Nichtanerkennung - dennoch als Grundlage eines zweitstaatlichen Vollstreckungsverfahrens betrachten, indem zur Konstruktion der actio iudicati (95) gegriffen wird. Das Ersturteil schafft dann immerhin in dem Sinn Recht, als durch das ausländische Urteil Obligationen zwischen den Parteien entstehen, die auf dem inländischen Klageweg durchgesetzt werden können. Diese Konstruktion war lange Zeit herrschend (96), umgeht sie doch die Bedenken, die sich aus dem Souveränitätsgedanken ergeben können : es findet nämlich keine direkte Wirkungserstreckung auf das Inland statt.

1.6.5. Katalog von Voraussetzungen

Eine häufige Lösung des Gesetzgebers (97) besteht darin, dass er einen genauen Katalog von Voraussetzungen aufstellt (98). Erfüllt das ausländische Urteil alle diese Voraussetzungen, wird es ohne Nachprüfung der Tatbestandsfeststellung und der Rechtsanwendung (99) einem inländischen gleichgestellt (100). Bei dieser Formulierung bleibt die Anerkennung Ausnahme, die Nichtbeachtung die Regel (101). Eine besondere Voraussetzung ist das Erfordernis des Gegenrechts. Der Gedanke der Gegenseitigkeit ist international sehr verbreitet. Dieser

95 Klage (im ordentlichen Verfahren) auf Verurteilung zur Leistung aufgrund des ausländischen Urteils; Niedermann 8 bei N.18; Guldener IZPR 115 N.109; vgl. etwa die australische Action on the foreign judgement, VPB 1962/1963 Nr.74 S.147; Rosenberg/Schwab 958 bei N.52; Martiny 120ff; Probst 17; Leresche 183ff.

96 Schnitzer 900.

97 So alle Vollstreckungsverträge des Bundes; ZH 302 Abs.1; BE 401 Abs.2; UR 295 Abs.2; SZ 230 Abs.1; OW 295 Abs.1; ZG 225 Abs.3; FR 346 Abs.2; SO 323 Abs.2; SH 400; GR 291 Abs.2; TI 510 Abs.2; VD 507 Abs.2; VS 383 Abs.2; JU 394 Abs.2.

98 Diese lassen sich in positive und negative, originäre und derivative, selbstverständliche und willkürliche, allgemeine und besondere sowie in formelle und materielle Voraussetzungen einteilen; Niedermann 41ff; vgl. Martiny 145; Geimer/Schütze 1456ff.

99 Zum Verbot der révision au fond oben 1.6.2.

100 Eine abgeschwächte Form liegt dann vor, wenn der Entscheid ins Ermessen des Anerkennungsrichters gelegt wird, etwa NE 505 Abs.1 : "librement"; hierzu Niedermann 13 bei N.36ff.

101 Niedermann 36.

Vorbehalt kommt in verschiedenen Ausprägungen vor, häufig verbunden mit anderen Voraussetzungen (102).

1.6.6. Katalog von Verweigerungsgründen

Im Gegensatz zum Katalog der Voraussetzungen kehrt der Katalog der Verweigerungsgründe die Regel um. Ein ausländisches Urteil wird hier regelmässig anerkannt, ausser ein besonderer Verweigerungsgrund stehe dem entgegen (103).

Das IPRG nennt die internationale Zuständigkeit und die Rechtskraft des Urteils als Voraussetzungen sowie einen Katalog von Tatbeständen als Verweigerungsgründe (104), insbesondere die Verletzung des materiellen wie auch des prozessualen *ordre public*, die nicht gehörige Ladung, die Missachtung einer *res iudicata* oder einer *Litispizienz*.

1.6.7. Beschränkung auf *ordre public*-Prüfung

Eine noch weitergehende Regelung besteht darin, dass nur ein einziger Verweigerungsgrund, der Widerspruch zum einheimischen *ordre public*, geltend gemacht werden kann. Diese Lösung ist derart anerkennungsfreundlich - insbesondere fällt die Nachprüfung der Zuständigkeit aus zweitstaatlicher Sicht weg - dass sie nur staatsvertraglich und auch dann nur unter besonders eng verbundenen Partnerstaaten möglich ist, wie etwa im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft (105).

Wohl nur im Verhältnis Mutterland - Kolonie ist es denkbar, dass auch diese letzte Prüfung entfällt und Urteile ohne jegliche Prüfung anerkannt und vollstreckt werden. Der Verzicht auf die *ordre public*-Prüfung ist nämlich mit der Aufgabe der eigenen Souveränität gleichzusetzen.

102 ZH 302 Abs.1; BE 401 Abs.4; UR 295 Abs.4; SZ 230 Abs.1; OW 295 Abs.1 lit.d; NW 249 Abs.3; ZG 225 Abs.2; FR 346 Abs.2 lit.e; BS 258 Abs.4; VD 507 Abs.3; VS 383 Abs.2 Ziff.5; GE 472E lit.d; JU 394 Abs.4.

103 NW 249 Abs.3; BS 258 Abs.6; AR 287 Abs.2; GE 472E; Perret 242.

104 Art. 23-25 IPRG.

105 EWG-Vertrag, zitiert bei Volken Konventionskonflikte 54 mit zahlreichen Hinweisen; Geimer/Schütze 1.Halbband passim; Raape/Sturm 348ff.

2. Rechtsquellen

2.1. Internationales Zivilprozessrecht

2.1.1. Begriff

Die Regeln über die Anerkennung und Vollstreckung sind Teil des "Internationales Zivilprozessrecht" (IZPR). Unter diesem Begriff versteht man die Gesamtheit der geschriebenen und ungeschriebenen Rechtssätze, welche die prozessuale Behandlung von Sachverhalten mit Auslandsberührung regeln (1). Das IZPR kommt also etwa zur Anwendung, wenn eine Partei Ausländer ist oder im Ausland Wohnsitz hat, sich das Streitobjekt im Ausland befindet oder wenn ein ausländisches Gericht ein Urteil gefällt hat, das im Inland Wirkungen entfalten soll.

Die wichtigsten Teilgebiete des IZPR sind die Bestimmungen über die (direkte) internationale Zuständigkeit, die Rechtshilfe (2) und das Anerkennungsrecht.

2.1.2. Das schweizerische IZPR

Das schweizerische IZPR (3) wird einerseits vom Staatsvertragsrecht des Bundes und andererseits (de lege lata) vom kantonalen Zivilprozessrecht geprägt. Das autonome Bundesrecht kommt nur sehr begrenzt zur Anwendung. De lege ferenda wird das Bundesrecht - zumindest bezüglich der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile - dominieren (4). Grosse Teile des schweizerischen IZPR, etwa Voraussetzungen und Verfahren der Rechtshilfe gegenüber Nichtvertragsstaaten der Haager Konvention (5) werden aber auch nach Inkrafttreten des IPRG dem kantonalen Prozessrecht überlassen bleiben.

1 Guldener IZPR 1; Keller/Siehr Einführung 54; Schwander § 34 S.193; Riezler 1; Probst 2; Volken Rechtshilfe 442 oben.

2 Volken Rechtshilfe 442; Riezler 672ff.

3 Gleich wie beim IPR bedeutet das Adjektiv "international" aber keineswegs, dass übernationales Recht Anwendung findet. Vielmehr ist das IZPR nationales Recht, das von jedem Staat in der ihm gut scheinenden Weise geregelt wird. Nur ganz ausnahmsweise greifen allgemein anerkannte Regeln des Völkerrechts ein. Guldener IZPR 1.

4 Zum neuen IPRG unten 2.2.3.

5 SR 0.274.12; wichtigstes Nichtmitglied sind die USA.

Nachdem der Ständerat die Regelung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit gestrichen hat (6), könnte ähnliches bezüglich der Anerkennung ausländischer Schiedssprüche ausserhalb des Anwendungsgebietes des New Yorker Abkommens gelten (7). Trotz dieser Einschränkungen bringt das IPRG jedoch nicht nur hinsichtlich des Kollisions- sondern auch des Internationalen Zivilprozessrechts wesentliche Verbesserungen.

2.1.3. Völkerrecht

Eine der allgemein anerkannten Regeln des Völkergewohnheitsrechts besagt, dass kein Staat verpflichtet ist, ausländische Urteile anzuerkennen oder zu vollstrecken (8), ausser er habe sich hierzu staatsvertraglich verpflichtet (9). Von Völkerrechts wegen dürfen ausländische Rechtsakte also vollständig ignoriert werden. Dass diese Regel glücklicherweise bloss Theorie bleibt, liegt an den Unzukömmlichkeiten, die eine restriktive Anerkennungspraxis zur Folge haben müsste (10). Das Völkerrecht und die Staatenpraxis haben Regeln entwickelt über die diplomatischen Privilegien, die Immunität ausländischer Staaten und internationaler Organisationen, die Exemption ausländischer Staatsoberhäupter und Diplomaten, die Exterritorialität der Botschaftsgebäude und ähnliches (11). Diese Prinzipien des Verkehrs zwischen Staaten sind zum Teil in Konventionen festgelegt, so etwa in den Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen (12). Die Schweiz wendet diese kodifizierten Regeln des Völkerrechts auch gegenüber Nichtvertragsstaaten - erga omnes - an.

6 Der Nationalrat hat diese Regelung als Zweitrat wieder aufgenommen, so dass diesbezüglich ein Differenzbereinigungsverfahren durchgeführt werden muss.

7 SR 0.277.12; hierzu Bertheau passim; unten 3.6.4.

8 Guldener IZPR 29 und 92; Keller/Siehr Lehren 616; Martiny 74; Geimer/Schütze 1359; Süss 239 und 242; Geimer Prüfung 37 mit Nachweisen; anderer Ansicht Probst 18f.

9 Probst 19; Geimer/Schütze 1360.

10 Hierzu Guldener IZPR 92; Schauwecker 30f.

11 Guldener IZPR 2f; Schwander § 34-2, S.193; Riezler 341ff.

12 SR 0.191.01 und 0.191.02; die Schweiz ist zudem mit Wirkung ab 7. Oktober 1982 dem Europäischen Übereinkommen über Staatenimmunität vom 16. Mai 1972 beigetreten.

Im vorliegenden Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, dass eine Missachtung dieser Privilegien zur automatischen Nichtigkeit eines ausländischen Urteils führt, so dass ein solches unter keinen Umständen anerkannt oder vollstreckt werden kann (13). Allerdings muss es sich ein Staat, der sich privatrechtlich - sine imperio - betätigt, gefallen lassen, wie ein Subjekt des Privatrechts behandelt zu werden (14).

2.2. Bundesrecht

2.2.1. Multilaterale Konventionen

Die Schweiz hat eine beachtliche Anzahl von multilateralen Konventionen unterzeichnet, die häufig - meist beiläufig - die Anerkennung von Urteilen im betreffenden Rechtsgebiet regeln oder zumindest implizieren. Solche Konventionen betreffen insbesondere das Zivilprozessrecht, die internationale Schiedsgerichtsbarkeit, das Familienrecht und das internationale Transportrecht (15). Dem Haager Abkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile in Zivil- und Handelssachen von 1971 (16) ist die Schweiz nicht beigetreten.

-
- 13 Guldener IZPR 34 N.24; Kallmann 26; Niedermann 54 bei N.77; Geimer Prüfung 76f.
 - 14 Guldener IZPR 4f; Martiny 268; Fall der Heizung im iranischen Botschaftsgebäude, Entscheid des (deutschen) Bundesverfassungsgerichts 16 (1963) 27; abgedruckt bei Müller/Wildhaber 300; vgl. auch Shenefield 127f; BGE 111 Ia 52 E.2b und 2c mit Nachweisen.
 - 15 Zusammenstellung in Sträuli/Messmer; N.4 zu § 302 ZPO; vgl. Niedermann 16ff; Schnyder Staatsverträge Nr.1-50; Guldener IZPR 118ff; Schlussbericht 5ff; Botschaft 269, wo von über 300 zwei- und mehrseitigen Staatsverträgen auf dem Gebiete des IPR im weiteren Sinn die Rede ist; zum deutschen Recht Martiny 8f.
 - 16 Raape/Sturm 350f; Text abgedruckt bei Geimer/Schütze 1931ff und im SJR 23 (1966) 267 mit Kommentar von Panchaud 37ff; vgl. schon das Musterabkommen von 1925 : Stauffer Staatsverträge 4; Liechti 8; Probst 42; Kaufmann Tendenzen 369.

2.2.2. Bilaterale Staatsverträge

Die Schweiz hat aber auch eine ganze Reihe von bilateralen Staatsverträgen abgeschlossen (17), insbesondere Vollstreckungsabkommen oder Gerichtsstandsverträge mit allen unseren Nachbarn sowie einigen anderen Ländern (18). Daneben bestehen Handels-, Freundschafts-, Niederlassungs- und Rechtshilfeabkommen, die zum Teil Bestimmungen aus dem Gebiet des IZPR enthalten. Insbesondere die bilateralen Vollstreckungsverträge mit unseren Nachbarländern sind von grösster Bedeutung, da die Mehrzahl von zu vollstreckenden ausländischen Urteilen aus diesen Staaten stammen dürfte. Andererseits macht sich bisweilen das Fehlen von Vollstreckungsverträgen mit einigen wichtigen Handelspartnern, insbesondere den USA, Japan und Grossbritannien negativ bemerkbar.

2.2.3. Autonomes Bundesrecht

a) NAG

Das autonome Anerkennungsrecht des Bundes spielt de lege lata eine untergeordnete Rolle (19). Einzig das NAG (20) stellt einige Bestimmungen für personen- familien- und erbrechtliche Verhältnisse auf. Diese betreffen entweder Ausländer in der Schweiz oder Schweizer im Ausland. Verhältnisse von Ausländern im Ausland werden nicht erwähnt. Dieses betagte Gesetz (21), das ursprünglich interkantonale Verhältnisse zu regeln hatte, ist für das internationale Handelsrecht ohne Bedeutung und wird bei Inkrafttreten des IPRG aufgehoben (22).

-
- 17 SR 0.276; Sträuli/Messmer, N.3 zu § 302 ZPO; Niedermann 15ff; Probst 32f; Schnyder Staatsverträge Nr.51-121.
- 18 Nebst den fünf Nachbarstaaten mit Schweden, Spanien, Belgien und der Tschechoslowakei.
- 19 Insbesondere besteht von Bundesrechts wegen keine generelle Verpflichtung, ausländische Urteile anzuerkennen; Sträuli/Messmer, N.2 zu § 302 ZPO; Niedermann 9.
- 20 BG über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter, SR 211.435.1; hierzu Niedermann 9ff; Guldener IZPR 35ff und 93; Thorens 171f; Keller/Siehr Lehren 617.
- 21 Aus dem Jahre 1891; vgl. Botschaft 265ff.
- 22 Art.181 lit.a IPRG.

b) SchKG

Für das Vollstreckungsverfahren ist das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) von grösster Bedeutung. Art.81 SchKG stellt für die Vollstreckung ausländischer Urteile, die auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung lauten, das einfache Rechtsöffnungsverfahren (23) zur Verfügung und zwar sowohl für Urteile aus Staaten, die mit der Schweiz Vollstreckungsverträge geschlossen haben als auch für die Staaten, deren Urteile gemäss dem kantonalen Recht vollstreckt werden (24). Die Mehrzahl der ausländischen Urteile in Handelssachen dürfte auf diesem Wege vollstreckt werden.

c) IPRG

De lege ferenda sollen die Voraussetzungen, unter denen ein ausländisches Urteil anerkannt und vollstreckt wird, auf Bundesebene vereinheitlicht werden. Das neue Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) regelt nebst dem eigentlichen Kollisionsrecht ("IPR") auch gerade die internationale Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte sowie die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile (25). Das neue Recht sieht eine recht liberale Anerkennungsregelung vor, die auf das Erfordernis des Gegenrechts grundsätzlich verzichtet. Nur gerade bei der Anerkennung ausländischer Konkursöffnungen (26) musste aufgrund des Vernehmlassungsverfahrens entgegen dem Vorschlag der Expertenkommission (27) das Gegenrecht vorbehalten werden, da sich die Widerstände gegen eine einseitige Vorleistung der Schweiz als zu gross erwiesen haben. Das IPRG behält Staatsverträge des Bundes vor (28), was zwar selbstverständlich, angesichts der fort-

23 Unten 12.5.

24 Das SchKG enthält jedoch keine materielle Bestimmung über die Vollstreckbarkeit, Art.81 Abs.3 SchKG bezieht sich nur auf Urteile aus Staaten, mit welchen ein Staatsvertrag geschlossen wurde und ermöglicht dem Betrieben bloss, die in diesem Staatsvertrag vorgesehenen Einreden im Betreibungsverfahren zu erheben; vgl. Keller/Siehr Lehren 617.

25 Zum Zeitpunkt der Drucklegung stand der Gesetzesentwurf noch in parlamentarischer Beratung.

26 Art.159 Abs.1 lit.c IPRG.

27 Art.162 Entwurf; Schlussbericht 282f; Botschaft 451f.

28 Art.1 Abs.2 IPRG.

schriftlichen und liberalen Regelung jedoch nicht unproblematisch ist (29).

2.3.Kantonales Recht

2.3.1.Kantonales Anerkennungsrecht

Ausserhalb des Anwendungsgebietes der Staatsverträge werden die Voraussetzungen, unter denen ausländische Urteile im Inland anerkannt und vollstreckt werden, zur Hauptsache (30) vom kantonalen Recht geregelt (31). Auf den ersten Blick weichen die kantonalen Regelungen, die durchwegs in den Zivilprozessordnungen anzutreffen sind, stark voneinander ab. So regelt der Kanton Glarus die Frage überhaupt nicht, verweisen Luzern und Basel-Land lapidar auf die Staatsverträge des Bundes und sprechen Thurgau sowie Appenzell-Innerrhoden nur das Gegenrechtserfordernis aus. Die meisten Kantone (32) nennen einzelne Voraussetzungen :

- a)rechtskräftiges, eventuell vollstreckbares Urteil
- b)in Zivil- oder Handelssachen
- c)internationale Zuständigkeit des Urteilsgerichtes
- d)gehörige Ladung und Vertretung des Beklagten
- e)kein Widerspruch zum schweizerischen ordre public

Gelegentlich werden die selben Punkte als Verweigerungsgründe formuliert (33). Unterschiede bestehen insbesondere in Bezug auf das Erfordernis des Gegenrechts und bezüglich Details, wie etwa Anerkennung vorsorglicher Massnahmen, von Adhäsionsurteilen und ähnlichem mehr.

29 Zu diesen Schwierigkeiten unten 2.4.4; vgl. von Overbeck 318f.
30 Mit Ausnahme der Bestimmungen des NAG, die jedoch nicht Handels-sachen betreffen; Guldener IZPR 94 bei N.12; zum NAG oben 2.2.3.
31 Sträuli/Messmer, N.5 zu § 302 ZPO; Niedermann 8; BGE 105 Ia 309; Perret 245; Probst 41; Thorens 173; Fritzsche I 145.
32 ZH 302 Abs.1; BE 401 Abs.2; UR 295 Abs.2; SZ 230 Abs.1; OW 295 Abs.1; ZG 225 Abs.3; FR 346 Abs.2; SO 323 Abs.2; SH 400; GR 291 Abs.2; TI 510 Abs.2; VD 507 Abs.2; VS 383 Abs.2; JU 394 Abs.2; vgl. Thorens 174.
33 NW 249 Abs.3.; BS 258 Abs.6; AR 287 Abs.2; GE 472E.

Aus der Zeit vor Gründung des Bundesstaates bestehen noch einige wenige Staatsverträge der Kantone, die weiter in Kraft sind. Diese betreffen das internationale Konkursrecht und werden in jenem Zusammenhang (34) näher dargelegt.

Trotz der Verschiedenartigkeit der kantonalen Regelungen ist die Anerkennungspraxis der Kantone nicht derart verschieden, wie man meinen könnte. Auch die Kantone, die keine detaillierte Regelung kennen, beachten die selben Grundsätze. Das Fehlen einer Regelung bedeutet nicht, dass nicht vollstreckt werden könnte (35).

2.3.2. Kantonales Verfahrensrecht

Das kantonale Zivilprozessrecht regelt - auch nach Inkrafttreten des IPRG (36) - das Verfahren, in welchem die Anerkennung festgestellt (37) oder die Vollstreckbarerklärung erteilt wird, solange es sich nicht um Urteile auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung handelt. Zumeist wird ein formelles Exequaturverfahren (38) vorgesehen oder die Möglichkeit gewährt, die Vollstreckbarkeit vorfrageweise im kantonalen Zwangsvollstreckungsverfahren beurteilen zu lassen (39), wobei die Regelungen und Zuständigkeiten von Kanton zu Kanton erheblich variieren.

34 Unten 4.4.4.; vgl. Fritzsche I 145.

35 Niedermann 12 bei N.33; anderer Ansicht Petitpierre 32; vgl. Thorens 173 bei N.20 und 21; zu Basel-Land Leresche 84.

36 Zum Zeitpunkt der Drucklegung war das IPRG noch in parlamentarischer Beratung.

37 Kein Kanton kennt ein obligatorisches förmliches Anerkennungsverfahren; unten 12.2.1.

38 Bsp. ZH 302 Abs.2; unten 12.4.

39 Unten 12.4.3.

2.4. Verhältnis der Rechtsquellen zueinander

2.4.1. Rechtsquellenkonflikte

Aus dem Nebeneinander von multilateralen Konventionen, bilateralen Staatsverträgen, autonomem Bundesrecht und dem kantonalen Zivilprozessrecht entstehen häufig Konkurrenzprobleme (40). Die Vielschichtigkeit des heutigen Lebens (41) und die Mobilität der Bevölkerung bringen es mit sich, dass ein Rechtsstreit zu zwei, drei oder noch mehr Rechtsordnungen Beziehungen aufweist (42) und verschiedenen kollidierenden Anerkennungsregeln untersteht (43). Jedes Recht stellt eigenständige Anforderungen an den zu vollstreckenden Titel und an das Prozessverfahren. Diese Anforderungen können verschieden sein, die Anwendungsbereiche der einzelnen Rechte überschneiden sich aber. Welche Regelung kommt im Einzelfall zur Anwendung ? Einige dieser Konkurrenzen führen zu keinen Problemen, andere sind umstritten. Der Sieger des Erkenntnisverfahrens, der im Zweitstaat vollstrecken will, dürfte jedoch am komplizierten System des Internationalen Zivilprozessrechts, das diese Kollisionen regelt, weniger Freude haben (44).

2.4.2. Günstigkeits- oder Garantieprinzip ?

Zwei gegensätzliche Prinzipien beherrschen die Konkurrenz verschiedener Rechtsquellen des schweizerischen Anerkennungsrechts, insbesondere das Verhältnis von Staatsvertragsrecht des Bundes zum Zivilprozessrecht der Kantone.

40 Zu Kollisionsproblemen im allgemeinen Häfelin/Haller 108ff; Geimer/Schütze 1380ff.

41 Volken Konventionskonflikte 80.

42 Wohnsitz des Klägers oder des Beklagten, Ort des Vermögens, Erfüllungsort, vereinbartes Recht, vereinbarter Gerichtsstand.

43 Die Vollstreckung des Kostenpunktes eines deutschen Schiedsspruches im Kanton Zürich könnte prima vista dem New Yorker Abkommen, dem Haager Abkommen über das Zivilprozessrecht, dem Vollstreckungsvertrag mit Deutschland oder § 302 ZPO unterstehen.

44 Volken Konventionskonflikte 80; Volken Rechtshilfe 451; vgl. Botschaft 265; Fritzsche I 145.

Das **Günstigkeitsprinzip** (45) stellt den favor recognitionis in den Vordergrund, den Gedanken also, dass ein ausländisches Urteil nach Möglichkeit anerkannt werden sollte. Es genügt, wenn auch nur eine Rechtsquelle die Anerkennung zulässt. Die Begründung liegt darin, dass die Staatsverträge und Konventionen geschlossen wurden, um die internationale Anerkennung zu erleichtern, so dass es ihrem Sinn und Zweck widersprechen würde, wenn sie im Einzelfall - quasi kontraproduktiv - anerkennungsfreundlicheres autonomes Recht ausschliessen würden (46).

Das **Garantieprinzip** (47) hingegen stellt die Rechtssicherheit in den Vordergrund. Im Verhältnis zwischen zwei Staaten, die ein Vollstreckungsabkommen geschlossen haben, soll nur dieses Anwendung finden. Es soll keine Rolle spielen, ob das Urteil dannzumal in einem Kanton mit liberaler oder restriktiver Anerkennungsregelung vollstreckt wird. Die Begründung dieses Prinzips stützt sich vor allem auf den Vorrang des Bundesrechts vor dem kantonalen Recht. Gemäss dem Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts, zu dem auch die Staatsverträge gehören, muss widersprechendes kantonales Recht weichen (48). Im Anwendungsbereich des SchKG, also bei der Vollstreckung von Geldforderungen, ergibt sich der Vorrang der Staatsverträge schon direkt aus Art.81 Abs.3 SchKG, wo bestimmt wird, dass der Betriebene gegenüber Urteilen aus

45 Vertreten von Guldener IZPR 131f; Kaufmann Tendenzen 379; Schnitzer 904; Probst 36; Keller/Siehr Lehren 628; Jellinek 54, 79 und 160; Geimer Prüfung 59; Raape/ Sturm 352 bei N.40; Rosenberg/Schwab 953 bei N.9; Martiny 105.

46 Guldener IZPR 132; In jedem Falle werden nicht beide Regelungen in abstracto gegenübergestellt, sondern je das konkrete Ergebnis im Einzelfall. Das Vergleichsobjekt ist nicht die Regelung als solche, sondern deren Lösung. Will man dem Günstigkeitsprinzip den Vorzug geben, so ist zuerst zu bestimmen, ob ein bestimmter ausländischer Entscheid gemäss dem Staatsvertragsrecht anerkennungsfähig wäre, danach, wie es sich gemäss dem kantonalen Recht verhielte. Erst wenn diese Antworten voneinander abweichen, stellt sich das Konkurrenzproblem.

47 Vertreten von Staehelin Staatsverträge 574; Niedermann 22f; Kallmann 320; Sträuli/Messmer, N.5 in fine zu § 302 ZPO; ebenso vom Bundesgericht : BGE 90 I 112; 76 I 346f; 53 I 219; XII 31; vgl. auch ZR 60 (1961) S.157 und 57 (1958) S.338; ZR 54 (1955) Nr.157; ZR 50 (1951) Nr.80.

48 Zur derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art.2 UebB BV) im allgemeinen vgl. Häfelin/Haller 108ff und 310f.

Vertragsstaaten die im Staatsvertrag vorgesehenen Einwendungen erheben könne.

Meines Erachtens ist die übliche Gleichsetzung von "anererkennungsfreundlicher" mit "günstiger" eine unbegründete Bevorzugung des Siegers des Erkenntnisverfahrens. Mit gleichem Recht könnte man dasjenige Recht als das "günstigere" bezeichnen, das dem Beklagten grössere Garantien für ein faires Verfahren und ein gerechtes Urteil sichert. Im folgenden wird das "Ausschliesslichkeits-" oder "Garantieprinzip" vertreten.

2.4.3. Konventionen - bilaterale Staatsverträge

Die multilateralen Konventionen regeln jeweils eine sachlich beschränkte Materie. Sie gehen als *leges speciales* allfälligen bilateralen Vollstreckungsabkommen vor. Die Vollstreckung eines Kostenspruches gegen den Kläger richtet sich also auch dann nach der Haager Übereinkunft betreffend das Zivilprozessrecht, wenn das Urteil bsp. aus Deutschland stammt (49). Allerdings liesse sich auch hier das Günstigkeitsprinzip vertreten: der Kostenentscheid wäre vollstreckbar, wenn dies die Haager Konvention oder alternativ das bilaterale Vollstreckungsabkommen zuliesse (50). Gelegentlich kollidieren sogar bilaterale Staatsverträge untereinander. Dies ist etwa dann der Fall, wenn das Vollstreckungsabkommen die Voraussetzungen der gehörigen Ladung abweichend vom Rechtshilfevertrag regelt, der zwischen den selben Vertragsstaaten geschlossen wurde (51).

49 Niedermann 52; BGE 94 I 358 E.3; 61 I 131 E.4.

50 So das Bundesgericht in BGE 110 Ib 191 E.2a-b für die Konkurrenz des Vollstreckungsvertrages mit Frankreich und des New Yorker Abkommens; in diesem Fall liegt jedoch insofern eine Besonderheit vor, als Art. VII Ziff.1 des New Yorker Abkommens das Günstigkeitsprinzip ausdrücklich vorsieht; vgl. hierzu unten 3.6.2.; vgl. auch Achermann 92.

51 Volken Konventionskonflikte 93; für die Anwendung des Günstigkeitsprinzips Martiny 107 und 215 bei N.1400.

2.4.4.Staatsverträge - autonomes Bundesrecht

Nach bisherigem Recht sind Kollisionen zwischen Staatsverträgen und autonomem Bundesrecht ohne Bedeutung. Nach Inkrafttreten des IPRG werden sie an der Tagesordnung sein (52). Das IPRG behält die Staatsverträge ausdrücklich vor (53). Allerdings enthält das neue Gesetz eine recht liberale Anerkennungsregelung, so dass auch die bestehenden Vollstreckungsverträge, die zumeist mit geographisch nahen, besonders "vertrauenswürdigen" Partnern abgeschlossen worden sind, zum Teil nicht mithalten können. Bei strikter Anwendung des Wortlauts würde der Vorrang der Staatsverträge jedoch bedeuten, dass an Urteile aus exotischen Ländern mit uns unbekannter Rechtsordnung (bsp. Tonga) weniger strenge Anforderungen zu stellen wären als etwa an solche aus dem Fürstentum Liechtenstein, dessen Rechtsprechung mit unserer ebenbürtig ist. Dies wäre jedoch ein absurdes Resultat.

Der ratio legis folgend muss wohl eine Günstigkeitsklausel ins IPRG hineininterpretiert werden : Urteile aus Vertragsstaaten können anerkannt und vollstreckt werden, wenn sie die Voraussetzungen des Staatsvertrages **oder** des IPRG erfüllen.

2.4.5.Bundesrecht - kantonales Zivilprozessrecht

Eine Konstellation ist unbestritten : anerkennungsfreundlicheres Staatsvertragsrecht des Bundes geht restriktiverem kantonalen Recht vor (54). Was aber, wenn das kantonale Recht im konkreten Fall anerkennungsfreundlicher ist? Diese Frage ist z.B. aktuell bei der Vollstreckung eines liechtensteinischen Urteils in Zürich. Die Zürcher ZPO (55) lässt einen schriftlichen Gerichtsstandsvertrag genügen, der Staatsvertrag mit Liechtenstein verlangt aber für im Handels-

52 Zum Verhältnis der Staatsverträge zu den Bundesgesetzen vgl. Häfelin/Haller 311.

53 Art.1 Abs.2 IPRG; allgemein : BGE 106 Ib 402.

54 Art.2 UebBest BV; allgemein Häfelin/Haller 114 und 312; Jean-François Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuenburg 1967, I 243ff; Fritz Fleiner/Zaccaria Giacometti, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Nachdruck 1978 S.92ff.

55 ZH 302 in Verbindung mit 11 Abs.1.

register nicht eingetragene Parteien dessen öffentliche Beurkundung (56).

Die Anhänger des Günstigkeitsprinzips (57) lassen dem Kläger die Wahl, auf welches Recht er sein Anerkennungsbegehren stützen will, mit anderen Worten : das anerkennungsfreundlichere Recht kommt zur Anwendung. Die Vertreter der Gegenmeinung und das Bundesgericht betonen die Garantiefunktion der Staatsverträge (58). In deren Anwendungsbereich hat hiervon abweichendes kantonales Recht keine Wirkung.

Die Kollision von autonomem Bundesrecht und kantonalem Zivilprozessrecht führt zu keinen Problemen. Das kantonale Recht hat zu weichen. Dies gilt besonders im Hinblick auf bundesrechtliche Gerichtsstände und das Verfahren gemäss SchKG. So hat nebst dem bundesrechtlichen Rechtsöffnungsverfahren ein kantonales Exequaturverfahren keinen Platz (59). Nach Inkrafttreten des IPRG wird das materielle Anerkennungsrecht der Kantone - soweit das IPRG eine Regelung enthält (60) - obsolet (61).

56 Art.2 Ziff.8 Abkommen.

57 Guldener IZPR 131f; Probst 36; Jellinek 54, 79 und 160; Geimer Prüfung 59; Raape/Sturm 352 bei N.40.

58 Staehelin Staatsverträge 574; Niedermann 22f; Kallmann 320; Sträuli/Messmer, N.5 in fine zu § 302 ZPO; ebenso vom Bundesgericht : BGE 90 I 112; 76 I 346f; 53 I 219; XII 31; vgl. auch ZR 60 (1961) S.157 und 57 (1958) S.338; ZR 54 (1955) Nr.157; ZR 50 (1951) Nr.80.

59 Niedermann 36; Probst 24f; BGE 87 I 55 E.1.

60 Dies ist nicht der Fall für Schiedssprüche aus Nichtvertragsstaaten des New Yorker Abkommens; vgl. unten 3.6.4.

61 Perret 248 N.20.

3. Anerkennungsfähiger Titel

Die meisten Zivilprozessordnungen wie auch Staatsverträge sprechen von der Anerkennung ausländischer Urteile in Zivil- oder Handelssachen. Es ist zunächst zu untersuchen, was unter "Urteil" zu verstehen ist. Im nächsten Kapitel sind dann die "Zivil-" bzw. "Handelssachen" einzugrenzen.

3.1. Gerichtsurteil

Unter einem Zivilurteil ist nach einer alten Definition des Bundesgerichtes (1) ein "richterlicher Entscheid zu verstehen, durch welchen eine privatrechtliche Streitigkeit auf Grund eines beiden Parteien Gehör gewährenden prozessualen Verfahrens mit der Wirkung erledigt worden ist, dass jede neue Geltendmachung des entschiedenen Rechtsanspruches abgeschnitten wird und die obsiegende Partei die Erfüllung der festgestellten Leistung durch ein Vollziehungsbegehren erwirken kann." Dieser keineswegs veraltete Urteilsbegriff enthält wichtige Elemente, die einzeln zu beleuchten sind.

3.1.1. Gültiger Entscheid

Das Urteil muss in erster Linie gemäss der lex fori, aufgrund welcher es erlassen worden ist, überhaupt eine gültige Entscheidung sein (2). "Urteile", die schon im Urteilsstaat selbst als ungültig betrachtet werden, können auch im Zweitstaat keinerlei Wirkungen entfalten (3). Dies gilt nur für nichtige, nicht bloss anfechtbare Entscheide. Die Benennung des Entscheids als Verfügung, Beschluss, Urteil oder Vollstreckungsbefehl spielt keine Rolle (4). Auch Teilurteile können vollstreckt werden, wenn sie gemäss der ausländischen

1 BGE 5, S.183; vgl. auch ZR 11 Nr. 132; Strehler 28 und Martiny 217 bei N.1408.

2 Niedermann 48; Riezler 117; Geimer Prüfung 39; vgl. auch Guldener IZPR 95 N.17a.

3 Unten 11.3.1.; offenbar anderer Ansicht Martiny 216 bei N.1403.

4 Guldener IZPR 95 N.17a; 133 N.2b; Niedermann 48 bei N.43; Probst 48; BGE 86 I 33; 61 I 134; ausdrücklich Deutschland Art.1; Staehelin Staatsverträge 575; Geimer/Schütze 1430; Martiny 217 bei N.1405.

lex fori vollstreckbar sind (5). Bei den dem Schweizer Recht unbekannten "vollstreckbaren Urkunden" gibt es Fälle, in denen wir nicht darum herumkommen, auch diese ungewohnten Titel zu "vollstrecken" (6).

Das IPRG dehnt den Anwendungsbereich der Anerkennungsregeln auf die Urkunden einerseits (7) und auf die Rechtsakte, die nicht in Urteilsform ergehen wie Eheschliessung, Kindesanerkennung oder Adoption andererseits (8) aus.

3.1.2. Sachurteil, nicht Prozessurteil

Das schweizerische Zivilprozessrecht unterscheidet zwischen Sach- und Prozessurteilen (9). Sachurteile bzw. deren Surrogate (10) sind Entscheide über den eingeklagten Anspruch, bzw. Feststellungen, dass sich die Parteien geeinigt haben, so dass eine Entscheidung in der Sache selbst nicht mehr notwendig ist.

Prozessurteile hingegen haben nur das Fehlen oder Vorhandensein von Prozesshindernissen, bzw. -voraussetzungen zum Inhalt. Auf die Klage wird etwa wegen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichtes oder wegen nicht geleisteter Kautions nicht eingetreten (11). Prozessurteile erwachsen nach schweizerischer Auffassung nicht in materielle Rechtskraft (12) und stehen deshalb einer neuen Klage nicht im Wege. Dies gilt auch für bloss prozessleitende Entscheide wie etwa die Abweisung der Unzuständigkeitseinrede oder den Entscheid über ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung (13).

5 Gemäss ZH 189 können solche Teilurteile ergehen, wenn das Rechtsbegehren zum Teil spruchreif ist; Sträuli/Messmer N.3 zu § 189 ZPO.

6 So im unten 3.1.7. zitierten Beispiel, vgl. auch Alexander 6.

7 Art. 29f IPRG; Botschaft 327; Ziff. 217.1.

8 Vgl. Keller/Siehr Lehren 619; Geimer/Schütze 1166 und 1418 bei N.8; Staufer Staatsverträge 8 bei N.13 und Geimer in der deutschen Notariatszeitung 1975 461; ein Beispiel unten 3.1.7.; Probst 51 bei N.1 möchte die provisorische Rechtsöffnung gewähren.

9 Walder ZPR 25 Rz 1ff.; Vogel 7 N 98ff; Guldener ZPR 204.

10 Vergleich, Klageanerkennung und -rückzug; unten 3.2.

11 Martiny 220.

12 Walder 25 N 5; Guldener ZPR 381; Sträuli/Messmer N.21 zu § 191 ZPO.

13 Vogel 8 N 76.

Ausländische Prozessurteile werden ebensowenig wie prozessleitende Entscheide anerkannt (14). Hierzu besteht auch kein Anlass, da solche Urteile ja nur festhalten, ob nach der ausländischen *lex fori* Prozesshindernisse bestehen (15) oder Massnahmen für den dort hängigen Prozess anordnen. In keinem Fall sprechen sie sich über materielle Rechte und Pflichten der Parteien aus. Die Qualifikation, wann ein Prozess- und wann ein Sachurteil vorliegt, ist nach schweizerischem Rechtsverständnis vorzunehmen (16).

3.1.3. Gericht

Grundsätzlich werden - *de lege lata* - nur Entscheide ausländischer "Gerichte" anerkannt (17). Dies ist eine Folge des besonderen Vertrauens, das die Gerichte dank ihrer Unabhängigkeit in unserem Land allgemein geniessen (18). Im Zweifel ist durch den Anerkennungsrichter zu prüfen, ob die Spruchbehörde, die das anzuerkennende Urteil gefällt hat, aus unserer Sicht (19) als Gericht qualifiziert werden kann. Die Stellung der ausländischen Instanz ist an Hand ihrer eigenen Gerichtsverfassung aber auch der Rechtswirklichkeit zu ermitteln. Die Mindestanforderungen richten sich aber nach schweizerischem Recht. Der Massstab darf nicht ein allzu strenger sein, hier gilt : andere Länder, andere Sitten. Eine wichtige Voraussetzung der Übernahme ausländischer Entscheide ohne Nachprüfung in der Sache selbst ist die Ebenbürtigkeit der ausländischen Rechtsprechung (20). Deren Bejahung setzt aber ein gewisses Mindestmass an personeller und funktioneller Unabhängigkeit, Gewährung des rechtlichen Ge-

14 Niedermann 52; Geimer Prüfung 31; Geimer/Schütze 986 und 1415; Martiny 219 unten.

15 Etwa fehlende Zuständigkeit oder Nichtleistung der Kautions.

16 Guldener IZPR 8f; Martiny 216 bei N.1402.

17 Niedermann 47; Kaufmann-Kohler 220; Stauffer Staatsverträge 5; Storck 16; Geimer/Schütze 1421 bei N.11; Martiny 230ff; Deutschland 1 : "bürgerliche Gerichte", dazu Kallmann 6ff; Schweden 2 Abs.1 : "ordentliche Gerichte"; im Verhältnis mit Belgien sogar Verwaltungsgerichte; vgl. Botschaft in BBl 1959 II 311.

18 Vgl. Guldener IZPR 97 N.34.

19 Niedermann 51; Martiny 230.

20 Guldener IZPR 92 Ziff.2; Schauwecker 34; die oben 1.5.1. Zitierten.

hört und Seriosität der erststaatlichen Rechtsprechung voraus.

3.1.4. Verwaltungsbehörde

Die soeben genannten Voraussetzungen sind - zumindest nach herrschender Auffassung (21) - bei Verwaltungsbehörden auch dann nicht gegeben, wenn diese ausnahmsweise über einen privatrechtlichen Anspruch zu befinden haben. Entscheide von ausländischen Verwaltungsbehörden werden - de lege lata - nur dann anerkannt, wenn dies staatsvertraglich (22) besonders vorgesehen ist. Das IPRG schränkt die Behörden, deren Entscheide anerkannt und vollstreckt werden, nicht ein. Es lässt vielmehr nicht nur gerichtliche, sondern auch administrative, ja sogar legislative Behörden zu (23), letztere natürlich nur, wenn sie ausnahmsweise einen konkreten Einzelfall - nicht generell abstrakt - entscheiden.

Meines Erachtens müssen auch weiterhin die selben strengen Anforderungen an die funktionelle und personelle Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der erststaatlichen Behörde gestellt werden. Gegebenenfalls ist der prozessuale ordre public zu Hilfe zu nehmen. Bei Entscheiden von Verwaltungsbehörden wird deshalb besonders genau zu prüfen sein, ob die durch die Bundesverfassung und durch die Europäische Menschenrechtskonvention garantierten Minimalrechte (24) gewährt worden sind. Allerdings dürfte es weiterhin eine Ausnahme darstellen, dass Verwaltungsbehörden oder gar eine ausländische Legislative über Bestand privater Rechte zu befinden haben. Denn das Gesagte kann nur auf die Anerkennung zivilrechtlicher Entscheide solcher Behörden Anwendung finden.

-
- 21 Guldener IZPR 97 N 34c; Sträuli/Messmer N.8 zu § 302 ZPO; anderer Ansicht Niedermann 51 N 58; Guldener IZPR 197 möchte Entscheide von Verwaltungsbehörden in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit auch dann anerkennen, wenn ihre Unabhängigkeit nicht gewährleistet ist.
- 22 Belgien 1 Abs.3; Italien 11; Liechtenstein 1 Abs.3; Österreich 10 Abs. 1; Tschechoslowakei Zusatzprotokoll I Abs.2; alle wohl aus Rücksicht auf die schweizerischen Vormundschaftsbehörden; BGE 98 Ia 556f; Kaufmann Tendenzen 367 bei N.14; Staehelin Staatsverträge 575 bei N.95; Perret 249 bei N.21.
- 23 Botschaft 327 Ziff. 217.1.
- 24 Art.4 BV; Art.6 EMRK.

3.1.5. Besondere Gerichte

Sondergerichte wie Handels- oder Arbeitsgerichte - nicht jedoch Verwaltungs- und Strafgerichte - sind den ordentlichen Zivilgerichten gleichgestellt (25). Man wird nicht darum herumkommen, auch Entscheide ausländischer geistlicher Gerichte (26), die kraft staatlicher Delegation wirken, trotz Art. 58 Abs.1 BV anzuerkennen, wenn alle übrigen Voraussetzungen erfüllt sind (27). Letzteres muss allerdings im Hinblick auf das Misstrauen (28) solchen Gerichten gegenüber jeweils genau überprüft werden. Im übrigen spielt die Zusammensetzung des Gerichtes keine Rolle. So ist es gleichgültig, ob ein Einzelrichter oder ein Kollegialgericht, Juristen oder Laien geurteilt haben (29). Auch die Bezeichnung als "Gericht" ist nicht wesentlich. Nur gerade das verfassungsmässige Verbot von Ausnahmegerichten (30) wird als Teil des schweizerischen ordre public in jedem Fall zu beachten sein, denn ein Entscheid, der durch Auswahl von ad hoc oder ad personam berufenen Richtern beeinflusst sein könnte, darf keine Beachtung finden (31).

3.1.6. Nationalität des Gerichtes

Das Anerkennungsrecht betrifft Entscheide "ausländischer" Gerichte. Die Nationalität eines Gerichtes richtet sich nach dem Recht, das ihm seine Autorität verleiht. Diese Qualifikation führt gewöhnlich zu keinerlei Problemen. Der völkerrechtliche Gesichtspunkt darf innerhalb des Anerkennungs-

-
- 25 Kaufmann Tendenzen 366; zu den Sondergerichten allgemein : Guldener ZPR 21ff; zu Adhäsionsurteilen unten 3.5.
- 26 Man denke an iranische Mullahs, Rabbinsgerichte oder griechische Popen; vgl. Vischer/von Planta 86; BGE 106 II 180ff; Geimer/Schütze 130 bei N.66 und 1421; Martiny 231; hinsichtlich der Muftis, die in Griechenland über Moslems urteilen : Wolff 330.
- 27 Martiny 245; Riezler 529; Vogel 3 N 13; BGE 106 II 180; ZR 74 (1975) Nr.96; anderer Ansicht Vischer/von Planta 86 Ziff. 7, die die Verletzung von Art.58 BV für ordre public-widrig halten.
- 28 Vgl. schon den Pfaffenbrief von 1370; Niedermann 75 N.150.
- 29 Geimer/Schütze 1428; Martiny 217; zu Konsulargerichten Liechti 33.
- 30 Art.58 Abs.1 BV; Art.6 EMRK; vgl. Häfelin/Haller 471ff; Martiny 219; Jörg Müller in ZBJV 106 (1970) 249ff; Erwin Beyeler Das Recht auf den verfassungsmässigen Richter, Diss.Zürich 1978.
- 31 Storck 17; hierzu etwa BGE 105 Ia 157 E.2.

rechts unberücksichtigt bleiben. Auch solche Gerichte, die ihre Autorität auf Staaten zurückführen, die von der Schweiz völkerrechtlich nicht anerkannt werden - bsp. Taiwan - üben eine Gerichtsbarkeit aus, die wir anerkennen müssen, wenn wir nicht die eine Partei benachteiligen wollen.

Überstaatliche Gerichte unterstehen in erster Linie der Konvention, aufgrund derer sie ins Leben gerufen wurden. Diese regelt auch die Anerkennung in den Vertragsstaaten (32).

3.1.7. Verfahren

Es ist für den Zivilprozess charakteristisch, dass ein kontradiktorisches Zweiparteien-Verfahren (33) stattfindet. Auch vom ausländischen Urteilsgericht wird ein kontradiktorisches, keine Partei unbillig benachteiligendes Verfahren gefordert. Dies heisst jedoch keineswegs, dies müsse ein ordentliches Verfahren mit vier oder mehr Parteivorträgen (34) und unbeschränkter Zulassung von Beweismitteln sein. Es genügt auch ein bloss summarisches Verfahren, wenn das rechtliche Gehör gewährleistet ist (35).

Die Zürcher Gerichte sahen sich allerdings auch schon gezwungen, aus Billigkeitsüberlegungen ein "Urteil" anzuerkennen, das in einem Verfahren gefällt wurde, das mit einem Zivilprozess unserer Vorstellung wenig gemeinsam hat (36). So sieht das deutsche Recht vor, dass ein Notar seine eigene Honorarnote mit einer Vollstreckungsklausel versehen kann, wodurch die Honorarnote zu einem Urteilssurrogat wird. Die "Gegenpartei" - der Kunde des Notars - wird hierzu nicht angehört. Die Vollstreckung dieses Titels widerspricht so

32 In unserem privatrechtlichen Gebiet sind etwa Entscheide der "Zentralkommission für die Rheinschifffahrt" gemäss der Mannheimer Akte (SR 0.747.224.1) oder auch Urteile der alliierten "Obersten Rückerstattungsgerichte" von Bedeutung; vgl. Herrmann 82 und 87f; Geimer/Schütze 1422 bei N.14; Martiny 250.

33 Walder ZPR 1 Rz 9; Vogel 1 N 7.

34 ZH 121 für das ordentliche Verfahren.

35 Zum summarischen Verfahren : Martiny 218 bei N.1413; als Grenzfall muss wohl das englische Verfahren gemäss Order 14 gelten; vgl. BGE 107 Ia 198 E.4.

36 Unveröffentlichtes Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 2. Oktober 1963 in Sachen S. gegen T. gestützt auf § 156 der deutschen Kostenordnung.

etwa allem bisher Gesagten. Weder kann eine Honorarnote als Urteil, noch ein Notar, der zugleich Partei ist als Richter, noch ein Verfahren ohne jegliche Anhörung der Gegenpartei als Zivilprozess bezeichnet werden. Der Grund, dass dieser Titel dennoch vollstreckt worden ist, liegt wohl darin, dass dem Notar von Gesetzes wegen kein anderer Weg offenstand, seine Forderung durchzusetzen. Insbesondere war eine Klage vor dem Zivilrichter nach deutschem Prozessrecht in diesem Fall unzulässig.

3.2.Vergleich, Klageanerkennung, Klagerückzug

Den eigentlichen Urteilen sind hinsichtlich der Wirkungen die Urteilssurrogate gleichgestellt (37). Es handelt sich dabei um gegenüber dem Gericht abgegebene Parteierklärungen, kraft derer ein hängiger Prozess ohne Entscheid in der Sache selbst beendet wird (38). Voraussetzung dieser Erledigung aufgrund von Parteierklärungen ist die Dispositionsbefugnis (39) der Parteien über den eingeklagten Anspruch, was in Handelssachen so gut wie immer der Fall sein dürfte. Bei Vergleich, Klageanerkennung oder Klagerückzug wird der Prozess vom Gericht als erledigt abgeschrieben (40). Erst diese Bekräftigung durch das Gericht macht aus der Parteihandlung einen vollstreckbaren Titel.

3.2.1.Gerichtlicher Vergleich

Der Vergleich hat eine eigenartige Doppelfunktion. Als Rechtsgeschäft des materiellen Privatrechts stellt er einen Vertrag zwischen den Prozessparteien dar und untersteht hin-

37 Guldener IZPR 97 bei N.36; 106 und 157 N 148; Niedermann 48; Probst 8 bei N.3 und 48; Kallmann 194ff; Staehelin Staatsverträge 575; Deutschland 8; Italien 7 Abs.2, nicht jedoch die Vergleiche vor Schiedsgerichten, Liechti 33 bei N4; Liechtenstein 7 Abs.2; Österreich 7 Abs.2; Schweden 2 Abs.2, Storck 22f; Tschechoslowakei 5 Abs.2; dies ist nicht selbstverständlich : Martiny 215 und 251ff.

38 Fritzsche/Walder 19 Rz 6.

39 Gemäss der lex causae.

40 Ergeht gemäss der lex fori ein eigentliches Sachurteil, so kann von einem Urteilssurrogat nicht die Rede sein.

sichtlich seiner Gültigkeit dem Vertragsstatut, das nach den Grundsätzen unseres IPR anwendbar ist (41).

Wird der Vergleich jedoch vor Gericht zu Händen des Protokolls erklärt oder dem Gericht in extenso bekanntgegeben, wird er zu einem "gerichtlichen Vergleich". Seine Wirkungen als Prozesshandlung unterstehen dem Prozessrecht des Urteilsgerichtes (42). Dieses Recht bestimmt insbesondere, ob er den dortigen Anforderungen an einen Vergleich genügt, die Beendigung des hängigen Prozesses bewirken kann und der darauf beruhende Abschreibungsbeschluss einen vollstreckungsfähigen Titel darstellt. Art.28 IPRG kodifiziert die bisherige Praxis (43).

3.2.2.Aussergerichtlicher Vergleich

Vergleiche sind auch vor- oder ausserprozessual möglich und zulässig. Eine solche aussergerichtliche Einigung kann zum Rückzug der Klage führen (44). Ein solcher Vergleich ist allerdings einem Urteil nicht gleichgestellt, er ist kein vollstreckbarer Titel (45), sondern stellt einen privatrechtlichen Vertrag dar, der die Rechte und Pflichten der Parteien festhält. Verpflichtet sich darin eine Partei zu Geldzahlungen, so führt dies als Schuldanerkennung zur provisorischen, nicht zur definitiven Rechtsöffnung (46).

Auch der vor Gericht geschlossene Vergleich, welcher gemäss lex fori nicht einem Urteil gleichgestellt wird, ist zumindest als aussergerichtlicher zu beachten.

3.2.3.Klageanerkennung und Klagerückzug

Die einseitige Erklärung des Beklagten, er anerkenne den eingeklagten Anspruch, bzw. er schliesse sich dem Rechtsbegehren des Klägers an (47), führt ebenfalls zur Abschreibung des

41 Guldener IZPR 106 N 70.

42 Guldener IZPR 106 N 70.

43 Botschaft 331.

44 Walder 25 Rz 14.

45 Botschaft 371; Guldener IZPR 106 bei N.66; Probst 48 bei N.5.

46 Art.82 Abs.1 im Gegensatz zu Art.80 Abs.1 SchKG.

47 Walder 25 Rz 10.

Prozesses und zu einem vollstreckbaren Urteilssurrogat. Aber auch ein Teilentscheid (48), der gestützt auf eine teilweise Anerkennung des klägerischen Rechtsbegehrens ergeht, kann in der Schweiz vollstreckt werden, wenn ihm das Prozessrecht des Urteilsgerichtes die Vollstreckbarkeit verleiht (49).

Die Anerkennungsfähigkeit des Klagerückzugs vor dem ausländischen Prozessgericht hängt zunächst von der Bedeutung ab, die ihm die dortige lex fori beimisst. Handelt es sich um einen "Rückzug angebrachtermassen" (50) oder versagt das Prozessrecht dieser Parteihandlung aus einem anderen Grund die materielle Rechtskraft (51), bleibt der Rückzug auch für den Anerkennungsrichter unbeachtlich.

Bewirkt der Klagerückzug jedoch gemäss der lex fori, dass die Klage nicht erneut eingebracht werden kann - erwächst der Klagerückzug mit anderen Worten in materielle Rechtskraft - ist er auch im Zweitstaat zu beachten, insbesondere als res iudicata anzuerkennen.

3.2.4. Beschränkte Nachprüfung

Im Falle der Klageanerkennung und des gerichtlichen Vergleichs wird eine Einlassung des Beklagten fingiert, so dass eine Nachprüfung der internationalen Zuständigkeit des Urteilsgerichtes entfällt (52). Ein Beklagter, der die Klage anerkennt oder einen Vergleich schliesst, kann die Zuständigkeit nämlich nicht später in Frage stellen, ohne sich zu seiner früheren aktiven Mitwirkung am Verfahren in Widerspruch zu setzen. Diese ist nur dann unbeachtlich, wenn der Beklagte rechtzeitig die Unzuständigkeitseinrede erhoben und

48 Analog zu ZH 189 zweiter Satz; in diesem Zusammenhang ist die Rede von Teilbeschlüssen (Teilurteilssurrogaten); zu den eigentlichen Teilurteilen oben 3.1.1.; Sträuli/Messmer N.2 und 3 zu § 189 ZPO.

49 Bsp. Zürich : § 189 ZPO ZH; dies ist nicht der Fall bei den nicht vollstreckungsfähigen Vorentscheiden, welchen nicht einen Teil des Prozesses erledigen sondern nur den Sachentscheid vorbereiten, etwa die Verwerfung der Unzuständigkeits- oder Verjährungseinrede; vgl. Sträuli/Messmer N.4 zu § 189 ZPO; Martiny 230 bei N.1505.

50 Vgl. ZH 107 Ziff.4.

51 Bsp. Klagerückzug vor Friedensrichter gemäss ZH 191 Abs.2.

52 Sträuli/Messmer N. 15 zu § 302 ZPO; Guldener IZPR 106; BGE 64I266; 84 I 35.

nur im Hinblick auf die Aussichtslosigkeit seines Standpunktes im Lichte der dortigen lex fori gehandelt hatte (53).

3.2.5. Wirkungen einer Anfechtung

Jede dieser Parteierklärungen kann an einem Willensmangel (54) leiden und deshalb - wenn dies die lex causae (55) zulässt - angefochten werden. Eine erfolgreiche Anfechtung lässt zwar die Grundlage der Abschreibungsverfügung dahinfallen, hat jedoch nicht automatisch deren Aufhebung zur Folge (56). Die Ungültigkeit muss vielmehr auf dem Rechtsmittelwege geltend gemacht werden (57). Sind die Fristen ordentlicher Rechtsmittel abgelaufen, bleibt regelmässig nur das ausserordentliche Rechtsmittel der Revision (58) oder die Anfechtung in einem ordentlichen Zivilprozess (59).

Allerdings hindert die Einlegung bloss ausserordentlicher Rechtsmittel die Rechtskraft und somit auch die Vollstreckbarkeit der Abschreibungsverfügung regelmässig nicht (60), ausser es werde ihr die aufschiebende Wirkung verliehen (61). Will sich der Vollstreckungsbeklagte auf diese aufschiebende Wirkung berufen, muss er die Erteilung der aufschiebenden Wirkung jedoch durch Urkunden beweisen können, um einen Rechtskraftvermerk auf dem Vollstreckungstitel zu entkräften. Zum häufigsten Anwendungsfall, der Anfechtung eines Vergleichs hat das Zürcher Obergericht ausgeführt (62) :

"Die Tatsache jedoch, dass der Vergleich, soweit er einen Vertrag des Privatrechts bildet, nach den Bestimmungen des Obligationenrechts über den Abschluss von Verträgen zu beurteilen und demnach z.B. wegen Willensmängeln beim ordentlichen Zivilrichter anfechtbar ist, ändert nichts an seiner

53 Zur Möglichkeit der Einlassung unter Vorbehalt unten 6.5.2.

54 Art.23ff OR; Sträuli/Messmer, N. 23 zu § 188 ZPO.

55 Bsp. das Vertragsstatut; vgl. Vischer/von Planta 187.

56 Guldener ZPR 388 bei N.103.

57 Walder ZPR 25 N 20.

58 ZH 293 Abs.2; Sträuli/Messmer, N.9-12 zu § 293 ZPO.

59 Guldener ZPR 398 bei N. 31.

60 Unten 5.2.4.

61 Für die zürcherische Revision : Art.294 ZPO.

62 Unveröffentlichtes Urteil vom 15.November 1982.

Tauglichkeit als definitiver Rechtsöffnungstitel. Sofern seine Ungültigkeit nicht bereits gerichtlich festgestellt ist, ist im Vollstreckungsverfahren die Einwendung, er sei wegen Willensmängeln ungültig, auf jeden Fall ausgeschlossen. ... Die Gültigkeit kann vom Rechtsöffnungsrichter so wenig geprüft werden, wie die Gesetzesmässigkeit eines rechtskräftigen Urteils. Die Einrede des Beklagten über seine Willensmängel ist daher nicht zu hören."

Dies erscheint angemessen (63), hätte es doch die zur Leistung verpflichtete Partei sonst in der Hand, allein durch Erhebung einer - möglicherweise offensichtlich aussichtslosen - Ungültigkeitsklage die Durchsetzung der im Vergleich vereinbarte Gegenleistung illusorisch zu machen. Es kann nämlich sehr lange dauern, bis das ausländische Gericht über die Anfechtungsklage rechtskräftig entscheidet.

3.3.Vorsorgliche Massnahme

Vorsorgliche Massnahmen dienen dem einstweiligen Rechtsschutz bis zur Urteilsfällung. Sie können schon vor Klageanhebung von einem besonderen Massnahmenrichter oder während des Urteilsverfahrens vom Hauptsachenrichter (64) angeordnet werden. Entweder haben sie zum Zweck, die bestehende tatsächliche oder rechtliche Lage zu schützen oder sie sollen die spätere Vollstreckung sichern oder sie treffen für die Dauer des Hauptprozesses eine vorläufige Ordnung, einen *modus vivendi*. Demnach müssen sie rasch, ohne eingehende Prüfung, bisweilen sogar ohne Anhörung der Gegenpartei (65), erlassen werden können. Vorsorgliche Massnahmen erwachsen nicht in materielle Rechtskraft und sind jederzeit wieder abänderbar,

63 Anderer Ansicht Guldener IZPR 106f, der schon das blosse "Bevorstehen" einer Anfechtungsklage genügen lässt, um die Vollstreckung auszuschliessen.

64 ZH 222 Ziff.3 bzw. 110 Abs.1; zu den vorsorglichen Massnahmen im allgemeinen vgl. Walder ZPR 32 Rz 1-27; Guldener ZPR 574ff und Vogel 57 N.189ff, der Sicherungs-, Regelungs- und Leistungsmassnahmen unterscheidet.

65 Als sog. "superprovisorische" Massnahme; § 224 Abs.1 und 110 Abs.2 ZPO ZH; vgl. auch Guldener IZPR 50 bei N.77; allgemein Walder 32 Rz 24; Vogel 12 N.221; Guldener ZPR 581 bei N.35.

wenn sich ihre Unangemessenheit ergibt. Trotz ihrer provisorischen Natur sind sie - wenn auch nur für einen bestimmten Zeitraum - endgültige, formell rechtskräftige Entscheide.

3.3.1. Vollstreckung im Inland ?

Ob einstweilige Verfügungen, die vom in der Hauptsache zuständigen Richter erlassen wurden, der Anerkennung und Vollstreckung fähig sind, ist umstritten. Die hierzu vertretenen Lehrmeinungen reichen von der generellen Befürwortung der Vollstreckung vorsorglicher Massnahmen (66) über eine Differenzierung zwischen Massnahmen, die eine Leistung zur Folge haben und solchen, die der blossen Bewahrung des status quo dienen (67) bis zur grundsätzlichen Ablehnung (68).

Die Vollstreckungsabkommen mit Deutschland, Italien, Belgien und Liechtenstein schliessen die Vollstreckung vorsorglicher Massnahmen ausdrücklich aus. Auch das IPRG nimmt, mit Ausnahme sichernder Massnahmen im Erbgang, einen negativen Standpunkt ein (69).

Andererseits bestimmt das Haager Abkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen (70), vorsorgliche Massnahmen wie auch bloss vorläufig vollstreckbare Entscheide seien zu vollstrecken, ja sogar dann, wenn hiegegen noch ordentliche Rechtsmittel offenstehen sollten.

Die Rechtsprechung zu dieser Streitfrage ist schwankend und unübersichtlich (71), so dass sie nicht viel zur Klärung beitragen kann.

66 Staelin Staatsverträge 576 bei N.102; Storck 66; Probst 45; Petitpierre 8 und 28; Kaufmann-Kohler 222 bei N.73; Kommentar Bühler/Spühler, N.455 zu Art.145 ZGB.

67 Guldener IZPR 113; Perret 254; Sträuli/Messmer, N.10 zu § 302 ZPO.

68 Niedermann 55 N 82 und 71; Haubensak 19; Habscheid 107; SJZ 1961 161; vgl. Geimer/Schütze 1440ff; Martiny 229 N.1497 mit weiteren Zitierten.

69 Art.94 Abs.3 IPRG; Italien 9; Liechtenstein 1 Abs.2; Deutschland 1; Belgien 1 Abs.2; Staelin Staatsverträge 576; Liechti 33 unten; einstweilige Massnahmen sind hingegen vollstreckbar im Verhältnis zu Österreich und der Tschechoslowakei, vgl. Kaufmann Tendenzen 368.

70 Art.4 Abs.2; SR 0.211.213.01.

71 Zusammengefasst bei Bühler/Spühler N.455ff zu Art.145 ZGB.

3.3.2. Anordnung durch den Zweitrichter

Als Alternative zur Anerkennung des ausländischen Massnahmenentscheids bietet sich die Anordnung vorsorglicher Massnahmen durch den zuständigen Richter im Zweitstaat an (72). Dessen Zuständigkeit wird sich häufig aus dem Gerichtsstand am Ort der gelegenen Sache ergeben (73).

Mangels materieller Rechtskraft steht die einstweilige Verfügung des Hauptsachenrichters einer Anordnung des schweizerischen Massnahmerichters nicht als *res iudicata* entgegen. Der Zweitrichter wird die Tatsache des ausländischen Prozesses nicht unberücksichtigt lassen, er kann aber nachprüfen, ob die im Ausland getroffenen Massnahmen zweckmässig sind oder ob sich im schweizerischen Recht mildere Mittel finden, den angestrebten Sicherungszweck gleichwohl zu erreichen. In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, dass die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gegen **Dritte** - etwa der Befehl an eine Bank, Akten zu hinterlegen allein vom inländischen Massnahmerichter erlassen werden kann. Da der Adressat des Befehls nicht Partei des Hauptverfahrens ist, müssen für ihn Anordnungen des ausländischen Richters unbeachtlich sein (74).

3.3.3. Argumente für und wider

Vorsorgliche Massnahmen werden regelmässig in einem summarischen Verfahren erlassen, wobei die blossе Glaubhaftmachung des zugrundeliegenden Anspruchs genügt, ein strikter Beweis also nicht erforderlich ist. Dies legitimiert den Zweitstaat, die Angemessenheit der Massnahmen genauer zu überprüfen als endgültige Sachurteile. Es ist dem Gesuchsteller zuzumuten, das Bestehen der behaupteten Rechtslage auch gegenüber dem zweitstaatlichen Richter mindestens glaubhaft zu machen.

72 Guldener IZPR 50 und 112f; Sträuli/Messmer, N. 10 zu § 302 ZPO; Belgien 56 bei N.84; ausdrücklich Belgien 10 Abs.2; Frankreich 2bis; Italien 10; Liechtenstein 9 Abs.2.

73 ZH 7 Abs.2.

74 Gleicher Meinung Guldener IZPR 113 N.103; Anwendungsbeispiele bei Sträuli/Messmer, N.13 zu § 110 ZPO.

Anderes gilt wohl für familienrechtliche Massnahmen, insbesondere Zusprechnungen von Alimenten und Kinderzuteilungen. Hier ist das Bestehen des zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses nicht bestritten, es **muss** eine vorläufige Ordnung geschaffen werden (75). Es ist nicht zu übersehen, dass in diesen familienrechtlichen Fällen das Prozessgericht eher in der Lage ist, die Verhältnisse für die Prozessdauer zweckmässig zu ordnen. Beim Hauptanwendungsfall in unserem Gebiet - der Sicherung künftiger Vollstreckung - ist hingegen der Richter am Ort des Vermögens als Massnahmerichter geeigneter. Für den Gesuchsteller ist ein neues Verfahren nicht unbedingt von Nachteil. Einstweilige Verfügungen werden gemäss schweizerischem Recht schnell und meist im summarischen Verfahren erlassen, bisweilen sogar superprovisorisch, also ohne vorgängige Anhörung der Gegenpartei und mit sofortiger Wirkung. Das Exequaturverfahren bietet nicht die gleichen Möglichkeiten (76).

Auch eine andere Überlegung spricht dafür, vorsorgliche Massnahmen von der Anerkennung auszuschliessen : gilt dies im Verhältnis mit den genannten Nachbarländern aufgrund des ausdrücklichen Vollstreckungsverbots in den Staatsverträgen, so muss dies um so mehr ausserhalb des Staatsvertragsrechts gelten. Es ergibt keinen Sinn, eine einstweilige Massnahme des Landgerichtes Vaduz nicht, diejenige eines Gerichtes aus Tonga sehr wohl zu vollstrecken. Dem Kläger bleibt ja in jedem Fall die Möglichkeit, jede vom schweizerischen Recht zugelassene vorsorgliche Massnahme direkt - ohne Umweg über ein Exequatur - beim zuständigen kantonalen Massnahmerichter zu erwirken, was erst noch schneller und zumeist auch einfacher ist.

75 Vgl. Staehelin Staatsverträge, der solche Massnahmen im Sinne des Art. 145 ZGB sogar im Verhältnis zu Staaten vollstrecken will, wo die Vollstreckung staatsvertraglich ausgeschlossen ist. Staehelin geht meines Erachtens zu Recht davon aus, diese staatsvertraglichen Bestimmungen hätten nur Sicherungsmassnahmen, nicht etwa vorläufig zugesprochene Alimente ausschliessen wollen.

76 Insbesondere darf ein Exequatur nicht ohne vorherige Anhörung der Gegenpartei erteilt werden - unten 12.4.2. - so dass die Erstreckung superprovisorischer Wirkungen ausgeschlossen scheint. Vielmehr muss diese Wirkung vom zweitstaatlichen Massnahmerichter erteilt werden.

3.3.4. Persönliche Ansicht

Als Konsequenz der angeführten Argumente scheint mir eine **differenzierte Lösung** angemessen.

Bei den obgenannten **familienrechtlichen** vorsorglichen Massnahmen (Bezahlung von Alimenten für die Dauer des Prozess, Bezahlung von Prozesskostenvorschüssen, Kinderzuteilungen) sollte meines Erachtens eine Vollstreckung zulässig sein, wenn die übrigen Anerkennungsvoraussetzungen erfüllt sind (77). Das für die Hauptsache zuständige ausländische Gericht dürfte nämlich viel eher in der Lage sein, für die Dauer des Prozesses eine vorläufige Ordnung zu treffen. Solche Massnahmen im Sinne von Art.145 ZGB regeln die Ansprüche aus einem unbestrittenermassen bestehenden Rechtsverhältnis, das im Laufe des Prozesses - gleich wie dieser ausgeht - gewisse Aenderungen erfahren wird.

Massnahmen jedoch, die der **Sicherung** künftiger Vollstreckung dienen : Verfügungsverbote, Grundbuchsperrern, Hinterlegungsbefehle - in Handelssachen somit wohl die allermeisten vorsorglichen Massnahmen - dürfen meines Erachtens nicht vollstreckt werden, sondern müssen beim zweitstaatlichen Massnahmerichter von neuem beantragt werden (78). Dieser Grundsatz ist beim Hauptanwendungsfall solcher konservatorischer Massnahmen, der Arrestlegung, unbestritten. Der schweizerische Arrestrichter prüft frei, ob die Arrestgründe des schweizerischen Rechts (79) gegeben sind und nimmt keine Rücksicht auf ausländische Arrestbefehle oder sonstige einstweilige Verfügungen. Ein ausländischer Sachentscheid oder vor Abschluss des ausländischen Prozesses auch schon die dortige Klageschrift werden regelmässig für die Glaubhaftmachung der Arrestforderung genügen. Meines Erachtens muss für konservatorische Massnahmen ausserhalb des SchKG der selbe Mechanismus gelten.

Schliesslich besteht Einigkeit darüber, dass vorsorgliche Massnahmen dann nicht vollstreckt werden dürfen, wenn dies

77 Gleicher Meinung Guldener IZPR 112f.

78 Guldener IZPR 113.

79 Art.271 SchKG, insbesondere der ausländische Wohnsitz des Arrestschuldners.

mit einer **vorläufigen Vollstreckung** noch nicht rechtskräftig festgestellter Ansprüche gleichzusetzen wäre (80). So kann nicht die Herausgabe des Streitobjektes an die Gegenpartei sondern nur ein Verfügungsverbot hierüber oder höchstens die Hinterlegung angeordnet werden. Dies rührt daher, dass solche Massnahmen im inländischen Recht im allgemeinen nicht bekannt sind (81) und ausländische Entscheide im Inland nicht mehr Wirkungen haben können als einheimische (82).

3.4.Kostenentscheid

3.4.1.Grundsatz

Für die Vollstreckbarkeit des Kostenpunktes eines Zivilurteils, der auch in die Form eines eigenständigen Kostenfestsetzungsbeschlusses gekleidet sein kann, ist grundsätzlich die Anerkennungsfähigkeit des Entscheides in der Hauptsache massgebend (83). Zu den "Prozesskosten" gehören nebst den Gerichtskosten auch die Anwaltskosten der Gegenpartei (84). Nicht zu den Kostenurteilen gehören die Moderationsentscheide, in welchen das urteilende Gericht die Angemessenheit des Honorars des eigenen Anwalts überprüft (85). Diese sind schon im innerschweizerischen Verhältnis keine Vollstreckungstitel (86). Ebenso wenig werden Kostenentscheide aus Strafverfahren (87) oder Ordnungsbussen von Zivilgerichten vollstreckt.

80 Guldener IZPR 20 bei N.17 und 113 bei N.101; Perret 254.

81 Allerdings sind Tendenzen unverkennbar, solche Leistungsmassnahmen vermehrt zuzulassen; Walder ZPR 32 N 1a; ZR 80 (1981) Nr.43.

82 Zum inländischen Recht : Sträuli/Messmer N.18 zu § 110 ZPO; zur Begrenzung der Wirkungserstreckung durch das Inlandrecht unten 11.3.2.

83 Guldener IZPR 114 oben und 160; Staehelin Staatsverträge 577 bei N. 105; Sträuli/Messmer, N. 7 zu § 302 ZPO; Panchaud/Caprez § 119 S.310f ; BGE 94 I 361; vgl. Martiny 107.

84 BGE 94 I 361 E.3; 61 I 136; Staehelin Staatsverträge 577.

85 § 34 Abs.1 Zürcher Anwaltsgesetz, Zürcher Gesetzessammlung 215.1.

86 BGE 106 Ia 340; Fritzsche/Walder 19 Rz 4; Dies gilt jedoch nur für Moderationsentscheide im engeren Sinn; Basler Moderationsentscheide sprechen sich nicht nur über die Angemessenheit sondern auch über den Bestand der Honorarforderung aus, sie stellen deshalb Rechtsöffnungstitel dar.

87 Unten 4.2.5.; BJM 1973 168.

3.4.2. Haager Abkommen

Von grosser Bedeutung ist in diesem Zusammenhang das Haager Abkommen betreffend das Zivilprozessrecht von 1954 (88). Es stellt nämlich den Grundsatz auf, dass Angehörigen der Vertragsstaaten (89), die als Kläger, Rechtsmittelkläger oder Intervenienten in einem Zivilprozess auftreten, keine Ausländerkautionen auferlegt werden dürfen (90). Als Korrelat hierzu werden Kostenentscheide bei Vorliegen minimalster Voraussetzungen vollstreckt. Die Anwendbarkeit des Abkommens ist beschränkt auf Kostenentscheide gegen Kläger und Intervenienten, die tatsächlich (91) von der Kautionsbefreiung befreit worden sind (92). Kostenentscheide gegen den Beklagten unterstehen also diesem Abkommen hingegen nicht.

Nur gerade drei Urkunden sind vorzulegen : der Titel, eine Rechtskraftbescheinigung und gegebenenfalls eine Übersetzung. Weder Nachprüfung des Kostenentscheids selbst noch des zugrundeliegenden Sachentscheids sind zulässig, nicht einmal ein Widerspruch des Sachentscheides mit dem einheimischen *ordre public* vermag die Vollstreckung zu verhindern (93). Diese Lösung ist nicht unangemessen. Wer vor einem ausländischen Gericht klagt oder interveniert - die ausländische Gerichtsbarkeit aktiv in Anspruch nimmt - riskiert Kostenfolgen zu seinen Lasten. Wird er von einer Kautionsbefreiung befreit, muss als Korrelat hierzu eine uneingeschränkte Vollstreckbarkeit gewährleistet sein. Das Urteilsgeschicht und die Gegenpartei sollen durch das Abkommen nicht schlechter gestellt werden, als sie es bei Leistung einer Ausländerkautions gewesen wären (94).

88 SR 0.274.12 sowie dessen Vorgänger von 1905; SR 0.274.11.

89 Die zugleich Wohnsitz in einem Vertragsstaat haben.

90 Art.17 Abs.1 Haager Konvention; Guldener IZPR 158.

91 Sei es aufgrund des Haager Abkommens, sei es aufgrund bilateraler Staatsverträge oder auch des autonomen Rechts.

92 Art.18 Abs.1 Haager Konvention; Guldener IZPR 159; BJM 1957 168.

93 BGE 94 I 362 E.4; Niedermann 52; Jellinek 33; Staehelin Staatsverträge 584 bei N.149.

94 Bei nachträglicher Zahlungsunfähigkeit des Klägers kann die uneingeschränkte Vollstreckbarkeit des Kostenentscheids die - ohne Haager Abkommen - zu leistende Ausländerkautions nicht ersetzen. Andererseits gilt dies ebenso für die nachträgliche Zahlungsunfähigkeit eines Klägers mit Wohnsitz in der Schweiz.

Hinsichtlich des Verfahrens sieht das Abkommen vor, dass ein Vollstreckungsbegehren von der zuständigen Behörde des Urteilsstaates dem Zweitstaat auf dem diplomatischen Wege zu übermitteln ist. Ein direktes Begehren der begünstigten Partei ist eigentlich nicht vorgesehen (95). Allerdings mildern zahlreiche bilaterale Ergänzungsabkommen (96) die Unzukömmlichkeiten dieser unpraktischen Regelung, indem sie zumindest im Verhältnis zwischen Vertragsstaaten ein direktes Antragsrecht der Prozessparteien vorsehen.

3.4.3. Das übrige Anerkennungsrecht

Die Haager Konvention geht in ihrem Anwendungsgebiet dem übrigen Staatsvertragsrecht des Bundes vor (97). Letzteres spielt jedoch beim häufigeren Fall einer Kostenentscheidung gegen den Beklagten des Erstverfahrens (98) eine grosse Rolle, insbesondere die allgemeinen Vollstreckungsabkommen (99) aber auch einige spezielle Staatsverträge (100).

Ist weder die Haager Konvention noch ein Staatsvertrag anwendbar, kommt das kantonale Vollstreckungsrecht zur Anwendung, das der allgemeinen Regel (101) folgt, den Kostenpunkt dann zu vollstrecken, wenn das Erkenntnis in der Hauptsache anerkennungsfähig ist.

3.5. Adhäsionsurteil

Adhäsionsurteile sind Entscheide eines Strafgerichtes über den "Zivilpunkt" eines Strafverfahrens (102). Sie dienen dazu, dem Geschädigten Schadenersatz zuzusprechen, ohne dass

95 Art.18 Haager Konvention; Guldener IZPR 159; BGE 54 I 40.

96 Mit Deutschland, Italien, Österreich, der Tschechoslowakei und Polen; Guldener IZPR 159 N.162; Schnitzer 950.

97 BGE 94 I 361 E.3; BGE 61 I 131 E.4; Niedermann 52; Staehelin Staatsverträge 577.

98 Dieser wird ja von der Haager Konvention nicht erfasst; Guldener IZPR 160.

99 Oben 2.2.2.; vgl. BGE 94 I 361 E.3; Storck 18.

100 Vgl. die Staatsverträge mit Griechenland, Türkei, Iran; Volken Rechtshilfe 448ff; Guldener IZPR 160f; Sträuli/Messmer, N.9 zu § 73 ZPO.

101 Oben 3.4.1.

102 § 192ff StPO ZH; Walder ZPR 1 Rz 19; Vogel 1 N 39; Perret 250.

dieser einen ordentlichen Zivilprozess durchführen muss. Die schweizerische Praxis lässt Adhäsionsurteile nur dann zu, wenn die Forderung vom Täter anerkannt oder aber liquid ist. Ist die Rechtslage unklar oder ein Beweisverfahren erforderlich, wird der Geschädigte auf den Zivilweg verwiesen (103).

3.5.1. Bedenken

Mancherorts wird ausländischen Adhäsionsurteilen wenig Vertrauen entgegengebracht (104). Der Strafprozess, der die privatrechtliche Forderung als Nebensache behandle, biete nicht genügend Garantien für eine korrekte Beurteilung (105). Diese Bedenken mögen ihre Berechtigung haben, rechtfertigen es meines Erachtens jedoch nicht, Adhäsionsurteile zum vornherein pauschal von der Vollstreckung auszuschliessen. Zumindest dann, wenn das ausländische Adhäsionsurteil der schweizerischen Praxis (106) entspricht, steht einer Vollstreckung nichts entgegen. Den obgenannten Bedenken kann jedoch im Rahmen des *ordre public* Rechnung getragen werden (107).

3.5.2. Regelung in den Staatsverträgen

Die Regelung in den Staatsverträgen ist nicht einheitlich. So erklären die Vollstreckungsabkommen mit Schweden, Belgien und Österreich (108) Adhäsionsurteile ausdrücklich für

103 Walder ZPR 1 Rz 19 bei N.41a.

104 Stauffer Staatsverträge 6; Kaufmann Tendenzen 367; Petitpierre 26; vgl. jedoch Martiny 243 bei N.1599.

105 Guldener IZPR 97 N 34b; ZR 57 Nr. 150; vgl. Geimer/Schütze 127.

106 Walder ZPR 1 Rz 19; BGE 101 II 378; es ist nicht einzusehen, warum eine anerkannte oder liquide Forderung nur deshalb nicht vollstreckt werden sollte, weil sie von einem Strafrichter bestätigt wurde.

107 Sträuli/Messmer; N.8 in fine zu § 302 ZPO; für Anerkennung Perret 250; Martiny 243; nicht vollstreckbar ist ein Kostenfestsetzungsbeschluss in Strafsachen, BJM 1973 168; Staehelin Staatsverträge 573.

108 Schweden 1; Belgien 1 Abs.1; Österreich 1 Abs.1; Kaufmann Tendenzen 374 spricht von einem Tendenzumschwung der schweizerischen Abkommenspolitik betreffend Adhäsionsurteile; Staehelin Staatsverträge 573.

vollstreckbar, während die Abkommen mit Liechtenstein, Italien und der Tschechoslowakei das Gegenteil anordnen (109). Das Bundesgericht hat französische Adhäsionsurteile als unter den Staatsvertrag fallend und somit vollstreckbar erklärt (110), was auch für die gleichlautende Regelung mit Spanien richtig sein dürfte (111).

3.5.3. Autonomes Recht

Das revidierte zürcherische Recht (112) lässt die Vollstreckung ausländischer Adhäsionsurteile zu. § 302 Abs. 1 ZPO spricht bewusst von Entscheiden ausländischer "Gerichte" (113), ohne diese auf Zivilgerichte einzuschränken. Auch das IPRG enthält keine Beschränkung auf Zivilgerichte und lässt somit Adhäsionsurteile zu. Dies ist nicht weiter verwunderlich, da nach neuem Recht sogar Entscheide von Verwaltungsbehörden anerkannt werden (114). Ein Strafgericht ist jedoch mindestens so vertrauenswürdig wie eine administrative Behörde.

3.6. Schiedsspruch

Eine detaillierte Darstellung der Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche würde den Rahmen dieser Darstellung sprengen, so dass bloss die Grundzüge darzulegen sind.¹⁰⁹ Diese Beschränkung scheint um so eher angezeigt, als zu diesem Thema ausführliche Arbeiten vorliegen (115).

-
- 109 Italien 9; Liechtenstein 1 Abs.2; Tschechoslowakei Zusatzprotokoll Ziff.I Abs.2; Stauffer Staatsverträge 6.
 - 110 BGE 81 I 142 mit Zitaten; SemJud 1972 346ff; Kaufmann Tendenzen 366f und 374 bei N.5.
 - 111 Probst 44f.
 - 112 Neue ZPO ZH von 1970; gleicher Meinung für die Genfer Zivilprozessordnung Perret 250; abweichend noch ZR 57 (1958) Nr.150.
 - 113 Sträuli/Messmer, N. 8 zu § 302 ZPO.
 - 114 Botschaft Ziff.217.1 S.327; Schlussbericht 82; Ständerat Jagmetti im Amtlichen Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 1985 136.
 - 115 Bertheau 40ff; Wiget in Sträuli/Messmer, Anhang nach § 258 ZPO; Rüede/Hadenfeldt S. 321ff; Praxis in Panchaud/Caprez § 120 S.312 ff; vgl. auch Guldener IZPR 107ff.

3.6.1. New Yorker Konvention

Im Gegensatz zur staatlichen Gerichtsbarkeit besteht auf dem Gebiet der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit eine fast universale multilaterale Konvention, das New Yorker Abkommen von 1958 (116). Zu den 63 Unterzeichnerstaaten gehören nebst unseren Nachbarn (117) und den Ostblockländern auch alle wichtigen Handelspartner der Schweiz. Die Universalität dieses Abkommens steigert die Attraktivität und die "Konkurrenzfähigkeit" der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ganz beträchtlich (118). Die Vereinbarung einer Schiedsklausel sichert nämlich zum vornherein eine praktisch weltweite Vollstreckbarkeit des Schiedsspruches. Dies ist insbesondere von Bedeutung im Verhältnis zu den USA, Grossbritannien und Japan oder aber auch im Osthandel, wo die Schiedsgerichtsbarkeit eine grosse Rolle spielt. Das Abkommen regelt die Vollstreckung von Schiedssprüchen sowohl der institutionellen Schiedsgerichte wie auch der ad hoc gebildeten (119). Es ist grundsätzlich als erga omnes-Abkommen konzipiert. Allerdings haben zahlreiche Staaten von der Möglichkeit (120) Gebrauch gemacht, das Abkommen nur auf Schiedssprüche aus Vertragsstaaten anzuwenden, unter ihnen die Schweiz. Das Abkommen bestimmt (121), dass die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen, die von einem Schiedsgericht mit Sitz in einem Vertragsstaat gefällt wurden, nur dann verweigert werden darf, wenn die Schiedsabrede ungültig, der Schiedsspruch nicht endgültig oder die Besetzung des Schiedsgerichtes fehlerhaft war, die Tragweite der Schiedsabrede überschritten wurde oder wenn der Entscheid den einheimischen ordre public verletzt. Dabei bestimmt sich die Gültigkeit der Schiedsabrede nach dem Recht am Sitz des vereinbarten Schiedsgerichtes (122), die Schiedsfähigkeit der Sache jedoch nach dem zweitstaatlichen Recht (123).

116 SR 0.277.12.

117 Ausser Liechtenstein 117Vgl. auch Keller/Siehr Einführung 59.

118 Vgl. Keller/Siehr Einführung 59.

119 Art.I Ziff.2 New Yorker Konvention.

120 Art.I Ziff.3.

121 Art.V Ziff.4 New Yorker Konvention; Guldener IZPR 132.

122 Art.V Ziff.1 lit.a; Bertheau 70.

123 Art.V Ziff.2 lit.a: Bertheau 60 Ziff.1.

3.6.2.Kollisionsrecht

Das New Yorker Abkommen bezweckt ausdrücklich die Erleichterung der Vollstreckung von Schiedssprüchen. Art. VII Ziff.1 enthält einen Vorbehalt des günstigeren Rechts : ist die Anerkennung gemäss internem Recht oder einem anderen Staatsvertrag leichter, so soll dieses anerkennungsfreundlichere Recht Anwendung finden. Die wohl herrschende Lehre (124) leitet hieraus - wohl zu Recht - ab, dass günstigeres kantonales Anerkennungsrecht vom New Yorker Abkommen nicht verdrängt wird. Dennoch vertritt das Bundesgericht die gegenteilige Auffassung, zumindest was Urteile auf Geldzahlung betrifft. Aufgrund von Art.81 Abs.3 SchKG habe der Schuldner nämlich das Recht, sämtliche Einreden, die der Staatsvertrag zur Verfügung stellt, im Vollstreckungsverfahren vorzubringen. Es gehe nicht an, dass anerkennungsfreundlicheres kantonales Recht dieser Regelung derogiere. Dies könnte gestützt auf den Vorbehalt in der Konvention höchstens das Bundesrecht tun (125). Konkurriert ein bilaterales Vollstreckungsabkommen (126) oder ein Handelsvertrag (127), welche die Vollstreckung von Schiedssprüchen regelt, mit dem New Yorker Abkommen, so geht unbestrittenermassen das anerkennungsfreundlichere Recht vor.

3.6.3.Persönliche Ansicht

In der vorliegenden Arbeit wird zwar dem Garantieprinzip (128) der Vorzug gegeben. Für das New Yorker Abkommen muss jedoch - entgegen der bundesgerichtlichen Praxis - das Günstigkeitsprinzip auch gegenüber dem kantonalen Prozessrecht Vorrang haben, da es sich direkt aus Wortlaut, Sinn und Zweck des Abkommens ergibt. Gäbe es das Abkommen nicht, so

124 Bertheau 98ff.

125 BGE 76 I 346 (zum Genfer Abkommen).

126 Belgien 9; Deutschland 9; Italien 7 Abs.1; Liechtenstein 7; Österreich 7 Abs.2; Schweden 13; Tschechoslowakei 5 Abs.1; Liechti 33; Anwendungsfall in BGE 110 Ib 191 E.2a-b für die Konkurrenz des Vollstreckungsvertrages mit Frankreich und des New Yorker Abkommens.

127 Zusammenstellung bei Wiget, N.12 im Anhang nach § 258 ZPO; Rüede/Hadenfeldt 317 oben.

128 Oben 2.4.1.

käme (129) kantonales Vollstreckungsrecht zur Anwendung, nicht etwa autonomes Bundesrecht. Das New Yorker Abkommen bezweckt im Gegensatz zu den bilateralen Vollstreckungsabkommen keine abschliessende Regelung sondern explizite eine Erleichterung der Vollstreckung. Es kann nicht der Sinn des Abkommens sein, dieses allenfalls günstigere kantonale Recht zu verdrängen.

3.6.4. Autonomes Recht

Der Entwurf des neuen IPRG (130) sah eine Regelung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit einschliesslich der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vor. Demnach wäre die New Yorker Konvention erga omnes angewandt worden. Der Ständerat (131) hat diese Regelung gestrichen, so dass ausserhalb des Anwendungsgebietes der New Yorker Konvention weiterhin das kantonale Zivilprozessrecht zur Anwendung kommen dürfte (132).

Die kantonalen Zivilprozessordnungen erwähnen jedoch die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche zu meist nicht ausdrücklich (133), sondern behandeln sie gleich wie Urteile staatlicher Gerichte (134). Trotz der grundsätzlichen Gleichbehandlung ergeben sich schon aus der Natur der Sache zahlreiche Unterschiede im Detail (135).

129 Mangels einer Regelung im autonomen Bundesrecht.

130 Art.171ff IPRG.

131 Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 1985, S.174ff; NZZ vom 14.März 1985 S.37.

132 De lege lata : Rüede/Hadenfeldt 321 bei N.88; Wiget in Sträuli/Messmer, N.6 im Anhang nach § 258 ZPO.

133 Vgl. immerhin ZG 225 Abs.2; Rüede/Hadenfeldt 321 N.92.

134 Guldener IZPR 107; Wiget in Sträuli/Messmer, N.6 im Anhang nach § 258 ZPO; Rüede/Hadenfeldt 322 bei N.94; Thorens 175.

135 Wiget in Sträuli/Messmer, N.6 im Anhang nach § 258 ZPO.

So setzt die Vollstreckung eines Schiedsspruches voraus :

- a) Aus schweizerischer Sicht muss eine Zivilsache vorliegen (136).
- b) Der ausländische (137) Schiedsspruch muss gemäss dem Sitzrecht (138) rechtskräftig und vollstreckbar, oder zumindest für die Parteien rechtsverbindlich sein (139). Letzteres ist nicht der Fall, wenn ordentliche sowie suspensiv wirkende ausserordentliche (140) Rechtsmittel offenstehen.
- c) Das Schiedsgericht gilt als zuständig, wenn eine gemäss dem Sitzrecht (141) gültige Schiedsabrede oder eine vorbehaltslose Einlassung vorliegen (142).
- d) Gemäss herrschender Lehre (143) wird jedoch nicht vorausgesetzt, dass der Sitzstaat hinsichtlich schweizerischer Schiedsgerichtsurteile Gegenrecht hält. Dies wird damit begründet, dass der Kläger sonst im Inland keinen Rechtsschutz genösse (144).

136 Guldener IZPR 110; Rüede/Hadenfeldt 322 bei N.95; Wiget in Sträuli/Messmer N.6a im Anhang nach § 258 ZPO.

137 Der Schiedsspruch ist dann "ausländisch", wenn der Sitz des Schiedsgerichtes im Ausland liegt. Nicht von Bedeutung ist das angewandte materielle oder Prozessrecht; vgl. Rüede/Hadenfeldt 316 bei N.66; Guldener IZPR 107f; Schnitzer SJK 464b S.5.

138 BGE 97 I 255.

139 Rüede/Hadenfeldt 322; Wiget in Sträuli/Messmer, N.6b nach § 258 ZPO; Guldener IZPR 110; Thorens 175; Stauffer Staatsverträge 18.

140 Bzw. befristete ausserordentliche Rechtsmittel; oben 5.2.4.

141 Guldener IZPR 110.

142 Rüede/Hadenfeldt 322 Ziff.3c.

143 Guldener IZPR 111; Rüede/Hadenfeldt 322 bei N.101; Wiget in Sträuli/Messmer N.6d im Anhang nach § 258 ZPO; Guldener ZPR 621 N.30; anderer Ansicht Schnitzer SJK 464b S.8.

144 Dies ist richtig, wenn die Schiedsabrede auch dann einem ordentlichen Prozess entgegenstehen soll, wenn ein Schiedsspruch nicht vollstreckbar ist; vgl. jedoch unten 3.6.5.; Rüede/Hadenfeldt 324.

- e) Schliesslich darf der Schiedsspruch nicht gegen den inländischen ordre public verstossen. Dieser ist verletzt, wenn die Unabhängigkeit des Schiedsgerichtes nicht gewährleistet war (145), das Gebot der Gleichstellung der Parteien verletzt wurde (146), das Recht, die staatlichen Gerichte anzurufen, übermässig beschränkt wurde oder schliesslich die Sache - genügende Binnenbeziehung vorausgesetzt - gemäss unserem Recht nicht schiedsfähig war (147).

3.6.5. Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit

Wurde in einer gemäss schweizerischem Recht schiedsfähigen Sache (148) eine gültige Schiedsabrede getroffen, so werden dadurch die staatlichen Gerichte ohne weiteres unzuständig (149). Ein allfälliges Urteil des staatlichen Gerichtes, das in Verletzung der Schiedsklausel ergangen ist, darf weder anerkannt noch vollstreckt werden. Nur wenn sich der Beklagte vorbehaltlos eingelassen hatte, darf die Schiedsklausel als durch contrarius actus aufgehoben betrachtet werden. Verstösst die Schiedsklausel aber gegen zwingendes Recht, ist sie als inexistent zu betrachten, die gewöhnlichen Zuständigkeitsregeln treten wieder in Kraft. Das selbe gilt, wenn das Schiedsgericht nicht gebildet werden kann (150).

145 BGE 93 I 57; Staehelin Staatsverträge 583; Guldener IZPR 111; Rüede/Hadenfeldt 323 bei N.113; Kasuistik bei Wiget in Sträuli/Messmer, N.6g im Anhang nach § 258 ZPO.

146 Rüede/Hadenfeldt 324 oben; Bertheau 65.

147 Guldener IZPR 112; Wiget in Sträuli/Messmer N.6 nach § 258 ZPO.

148 Vgl. Niedermann 49; Guldener IZPR 112; Bundesrat in BBl 1964 II 611 und 618.

149 Dies gilt nur für die Entscheidung in der Sache selbst. Die ordentlichen Gerichte bleiben - zumindest im Anwendungsbereich des Konkordates - stets zuständig für den Erlass vorsorglicher Massnahmen, die Ersatzernennung von Schiedsrichtern und ähnlichem.

150 Rüede/Hadenfeldt 84ff; was allerdings angesichts der üblichen Ersatzernennung (etwa Art.12 Konkordat) selten sein dürfte.

4. Zivil- und Handelssachen

4.1. Anwendungsgebiet der Anerkennung und Vollstreckung

4.1.1. Begriff der "Zivil- und Handelssachen"

Anerkannt und vollstreckt werden grundsätzlich nur Entscheide in Zivilsachen. Alle kantonalen Zivilprozessordnungen gehen ausdrücklich (1) oder stillschweigend (2) von diesem Grundsatz aus. Die Mehrzahl der Vollstreckungsabkommen spricht demgegenüber von "Zivil- und Handelssachen" (3). Die Anwendungsgebiete sind jedoch trotz unterschiedlicher Formulierung identisch.

Die Unterscheidung zwischen bürgerlichem Zivilrecht und kaufmännischem Handelsrecht (4) ist der schweizerischen Gesetzgebung (5) fremd. Beides gehört zum Privatrecht im weiteren Sinn. Sowohl die Staatsverträge wie auch das kantonale Vollstreckungsrecht umfassen Urteile in "Zivilsachen" in diesem weiten Sinn. Es sind darunter Entscheide zu verstehen, die Bestand von privaten Rechten zwischen Subjekten des Privatrechts betreffen, mögen letztere Kaufleute sein oder nicht. Das IPRG regelt diese Frage nicht ausdrücklich (6), es kann jedoch nichts anderes gelten.

4.1.2. Qualifikation

Die anerkennungsfähigen Urteile in Zivilsachen stehen also im Gegensatz zu den öffentlichrechtlichen Entscheiden, die grundsätzlich nicht vollstreckt werden, ausser dies sei aus-

1 ZH 302 Abs.1; SZ 230 Abs.1; OW 295 Abs.1; NW 249 Abs.2; AR 287 Abs.1; NE 501 Abs.1.

2 Weil die Regelung in den Zivilprozessordnungen steht, Kaufmann-Köhler 218 N.34; Perret 249.

3 Belgien 1 Abs.1; Frankreich 15; Italien 1 Abs.1; Österreich 1 Abs.1; Spanien 1; Tschechoslowakei 1; anders Liechtenstein 1 und Schweden 1, die nur von "Zivilsachen" sprechen.

4 die Einschränkung auf Zivilsachen ergibt sich nur aus dem Titel des Gesetzes : IPRG = BG über das internationale Privatrecht; Ständerat Jagmetti im Amtlichen Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 1985 S.136.

5 Wie etwa im deutschen Recht; vgl. jedoch Volken Rechtshilfe 458f.

6 Ausnahme : Zuständigkeit besonderer Handelsgerichte.

nahmsweise staatsvertraglich (7) vorgesehen. Zur Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht bestehen zahlreiche Theorien (8), auf die hier nicht einzugehen ist.

Von Bedeutung ist, dass die Qualifikation eines ausländischen Entscheides als privat- oder öffentlichrechtlich nach schweizerischem Recht zu erfolgen hat (9). Auch auf uns unbekannte Rechtsinstitute des ausländischen Rechts (10) sind die von der schweizerischen Lehre entwickelten Kriterien anzuwenden. So ist etwa eine Verstaatlichung auch dann als öffentlichrechtliche Massnahme zu betrachten, wenn sie in einem privatrechtlichen Kleid erscheint (11).

4.1.3. Behörde und Anspruch

Bei der Prüfung dieser Voraussetzung ist genau zwischen der Art der entscheidenden Behörde und der Natur des streitigen Anspruches zu unterscheiden. So gibt es nebst dem Normalfall, dass ein Zivilgericht in zivilrechtlichen Angelegenheiten und ein Strafgericht in Strafsachen urteilt auch die weniger häufigen Fälle, dass ein Strafgericht in Zivilsachen Recht spricht (Adhäsionsurteil) oder ein Zivilgericht Strafen verhängt (Ordnungsbussen aufgrund seiner Sitzungspolizei). Ähnliches lässt sich über das Verhältnis von Zivilgericht einerseits und Verwaltungsbehörde wie etwa Handelsregisteramt, Konkursamt oder Steueramt andererseits sagen. Aufgrund des allgemeinen Grundsatzes werden nur Urteile von Zivilge-

7 Belgien 1 Abs.3; Liechtenstein 1 Abs.3; Österreich 10 Abs.1; und Italien 11 lassen Entscheide über die Beaufsichtigung der Vormundschaft zu.

8 Jean-François Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuenburg 1967, I 325; Hans-Rudolf Schwarzenbach, *Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts*, 9.A, Bern 1983, S.31; Max Imboden/ René A. Rhinow, *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*, 5.A Basel 1976, S.4ff, Guldener IZPR 85, vgl. Storck 11; Staehelin Berufung 14; BGE 105 II 236 E.2; 96 I 541 E.3a; vgl. auch Frei 200.

9 Niedermann 51, Guldener IZPR 97 N.35; Perret 249f; Kaufmann-Kohler 218 bei N.37; BGE 105 II 236 E.2, 96 I 541 E.3; vgl. auch Staehelin Berufung 14f; die von Geimer/Schütze 1424 bei N.21 für das Anwendungsgebiet der Staatsverträge vorgeschlagene Doppelqualifikation ist meines Erachtens abzulehnen; vgl. auch Martiny 87ff.

10 Bsp. die "fraudulent conspiracy", unten 11.1.5.

11 Zwangsweiser "Kauf" von Aktien oder private Schuldbetreibung (USA); unten 4.2.3.; weiteres Beispiel bei Perret 250 oben.

richten in Zivilsachen anerkannt und vollstreckt (12). Erweiterungen in diese oder jene Richtung bedürfen einer ausdrücklichen Norm in Gesetz oder Staatsvertrag.

4.1.4. Zivilsache im engeren Sinn

Unter Zivilsachen im engeren Sinn sind hauptsächlich diejenigen Materien zu verstehen, die im Schweizerischen Zivilgesetzbuch geregelt sind, insbesondere das Personen-, Familien-, Erb- und Sachenrecht. Vor allem das internationale Familienrecht führt zu zahlreichen in der Schweiz anzuerkennenden Urteilen. Man denke nur an Heirat und Scheidung im Ausland, damit verbundene Unterhaltsbeiträge und Kinderzuteilungen oder internationale Erbfälle (13).

4.1.5. Handelssache

Wenn im folgenden von Handelssachen die Rede ist, so ist dies in einem weiten Sinn zu verstehen (14). Insbesondere werden nebst den im Obligationenrecht geregelten Teilgebieten - dem Gesellschafts- und Vertragsrecht - auch Entscheide im Immaterialgüter-, Wertpapier-, Kartell- oder Wettbewerbsrecht hinzugezählt. Die allermeisten handelsrechtlichen Urteile stammen aus dem Vertragsrecht und lauten auf Geldzahlung. Aber auch andersartige Leistungsurteile sind gelegentlich zu vollstrecken. Ihr Inhalt kann sein : ein Tun (etwa Herausgabe von Urkunden), ein Dulden (Verwendung der eigenen Marke durch die Konkurrenz) oder ein Unterlassen (Einstellung eines un-

12 Guldener IZPR 97; anderer Ansicht Perret 250 bei N.24.

13 In dieser Materie sind Gestaltungsurteile besonders häufig. Leistungsurteile sind zumeist Nebenpunkte von Gestaltungsurteilen : die im Ausland geschiedene Ehefrau setzt die ihr zugesprochenen Alimente durch, der Ehemann sein Besuchsrecht, der als Alleinerbe anerkannte Sohn verlangt die Herausgabe des auf einem Schweizer Bankkonto liegenden Vermögens des Erblassers oder Ähnliches.

14 Es ist nicht leicht, das Handelsrecht genau zu definieren : es geht um Handelsgeschäfte (objektiver Gesichtspunkt) zwischen Kaufleuten (subjektiver Gesichtspunkt). Der Begriff des Handelsrechts ist kein entscheidendes Kriterium des schweizerischen Anerkennungsrechts sondern dient bloss der Eingrenzung der vorliegenden Arbeit, so dass auf eine genauere Definition verzichtet werden darf; vgl. Von Steiger 5; Geimer/Schütze 126; Volken Rechtshilfe 458f.

lauteren Geschäftsgebarens). Seltener sind Gestaltungs- (15) oder Feststellungsurteile (16).

4.1.6. Gemeinsames und Unterschiede

Die bilateralen Vollstreckungsabkommen und das kantonale Anerkennungsrecht unterscheiden in der Regel (17) nicht zwischen Zivil- und Handelssachen, so dass mancher Gedanke der vorliegenden Arbeit auch auf Urteile ausserhalb des Handelsrechts Anwendung finden kann. Im Unterschied etwa zum Familienrecht ist dem Handel ein fast automatischer Hang zur Internationalität eigen. Überschreitet ein Handelsgewerbe eine bestimmte Mindestgrösse, so wird es angesichts der beschränkten Grösse des schweizerischen Binnenmarktes praktisch immer auch im Ausland tätig werden (18). In Zivilsachen im engeren Sinn tauchen erst dann Probleme auf, wenn eine besonders enge Beziehung zur Schweiz (19) entsteht. Häufiger als in Handelssachen bestehen multilaterale Abkommen (20).

4.2. Öffentlich-rechtliche Entscheide

Wie bereits dargelegt (21) werden Öffentlich-rechtliche Entscheide ausländischer Behörden grundsätzlich nicht anerkannt und vollstreckt, es sei denn, dies sei statsvertraglich ausdrücklich vorgesehen. Dieser Grundsatz soll im folgenden anhand einiger Beispiele erläutert werden.

4.2.1. Staatsrecht

Staatsrechtliche Entscheide beschränken sich regelmässig schon ihrer Natur nach auf das Staatsgebiet des Urteilsstates, so dass eine Anerkennung im Ausland nicht aktuell

15 Bsp. Kraftloserklärung von Wertpapieren.

16 Hauptfall : Abweisung einer Leistungsklage.

17 Ausnahme : Deutschland 3, Schweden 5 II.

18 Von Steiger 49; Volken Rechtshilfe 458f.

19 Wohnsitz in der Schweiz, Schweizer Bürgerrecht.

20 Schnyder Staatsverträge § 3, Keller/Schulze/Schütz Anhang S. 432ff.

21 Oben 4.1.1.; Sträuli/Messmer, N.7 zu § 302 ZPO; Geimer/Schütze 1423.

werden dürfte. Ihre Nichtvollstreckbarkeit ist aber dennoch von Bedeutung, weil dadurch auch die Vollstreckbarkeit des Kostenpunktes ausser Betracht fällt. So wird die Kostenentscheidung zu Lasten des Bürgers, der eine staatsrechtliche Beschwerde (22) geführt hatte, ausserhalb des Beschwerdestaates nicht vollstreckt.

4.2.2. Verwaltungsrecht

Dass verwaltungsrechtliche Entscheide ausländischer Behörden - unter Vorbehalt der staatsvertraglich besonders geregelten Vormundschaftssachen (23) - in der Schweiz keine Anerkennung finden, steht ausser Frage (24). Problematisch ist bisweilen die Qualifizierung als "verwaltungsrechtlich" oder "privatrechtlich". Die allgemeinen Kriterien und Methoden (25) versagen hier gelegentlich. Schon im innerstaatlichen Recht hat die Praxis Mühe, die beiden Rechtsmaterien sauber zu scheiden (26). Wenn wir aber schon innerhalb der eigenen Rechtsordnung nicht immer klare Grenzen ziehen können, um wieviel schwieriger muss die Einordnung ausländischer Rechtsinstitute in dieses entweder-oder-Schema sein. Ein genaues Kriterium, das über die allgemeinen Grundsätze der Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht hinausgehen würde, kann allerdings nicht gegeben werden. Bei der Qualifizierung einer ausländischer Entscheidung bleibt deshalb nichts anderes übrig, als anhand der innerstaatlichen Praxis und mit Hilfe der abstrakten Kriterien Einzelfallgerechtigkeit zu üben. So sind etwa Ansprüche aus öffentlich-rechtlichem Arbeitsverhältnis, Entgelt für die Benützung öffentlicher Einrichtungen

-
- 22 Oder ein gleichartiger ausländischer Rechtsbehelf gestützt auf verfassungsmässige Rechte.
- 23 Belgien 1 Abs.3; Italien 11; Liechtenstein 1 Abs.3; Österreich 10 Abs. 1; Tschechoslowakei Zusatzprotokoll I Abs.2; alle wohl aus Rücksicht auf die schweizerischen Vormundschaftsbehörden; BGE 98 Ia 556f; Kaufmann Tendenzen 367 bei N.14; Staehelin Staatsverträge 575 bei N.95; Perret 249 bei N.21.
- 24 VPB 1978 S.130; Sträuli/Messmer, N.7 zu § 302 ZPO; Guldener IZPR 97 N.35; Probst 51; Perret 249; anders im interkantonalen Verhältnis : vgl. Fritzsche/Walder 19 Rz 8.
- 25 Oben 4.1.2.
- 26 Man denke nur an die "privatrechtliche" Zugsfahrt im Gegensatz zur "öffentlichrechtlichen" Postautofahrt.

oder Gebühren für Bewilligungen und Konzessionen (27) verwaltungsrechtlicher Natur und fallen deshalb für die Vollstreckung ausser Betracht (28).

4.2.3. Steuerrecht

Das Steuerrecht ist nach schweizerischer Auffassung ausschliesslich öffentliches Recht. Auch wenn ein Staat der privatrechtlichen Fiskustheorie folgen sollte, bleiben Steuern in unseren Augen Zwangsmassnahmen des Staates. Ebenso sind Steuervereinbarungen (29), mögen sie mit der Steuerbehörde vertraglich oder vor Gericht in Form eines gerichtlichen Vergleichs abgeschlossen worden sein, nicht anerkennungsfähig. Die Unterscheidung von Steuern einerseits und Kausalabgaben andererseits spielt in unserem Zusammenhang keine Rolle, da weder das eine noch das andere vollstreckt werden kann (30). Dabei ist zu beachten, dass das Gesagte nur für das eigentliche Vollstreckungsrecht gilt. Die ausländischen Steuerentscheide können jedoch im Anwendungsgebiet der Doppelbesteuerungsabkommen auch im Inland beachtet werden (31).

4.2.4. Sozialversicherungsrecht

De lege lata werden Entscheide staatlicher Krankenkassen, Versicherungen und Vorsorgeeinrichtungen nicht anerkannt (32). Das Kriterium, das über die Natur der Versicherung entscheidet, ist der staatliche Mitgliedschafts-, bzw. Abschlusszwang. Obligatorische Versicherungen, mögen sie auch von privatrechtlich organisierten Kassen durchgeführt werden, sind Einrichtungen des öffentlichen Rechts. Dass auch Versicherungsgerichte oder sogar Zivilgerichte berufen sein kön-

27 Ständerat Jagmetti im Amtlichen Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 1985 136.

28 Vgl. jedoch Raape/Sturm 357 für "privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte" wie etwa die Jahrgabeung gemäss Art.15 Abs.1 ZGB.

29 Zum Begriff vgl. Konkordat SR 671.1.

30 Storck 12 oben; gemäss Ständerat Jagmetti, im Amtlichen Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 1985 S.136 gilt dies auch de lege ferenda.

31 So Probst 51 N.2; vgl. unter SR 0.672, Ernst Höhn Handbuch des internationalen Steuerrechts der Schweiz, Bern 1984.

32 Geimer/Schütze 1423 bei N.17.

nen, über Beiträge und Leistungen zu entscheiden, ändert hieran nichts, wenn die Mitgliedschaft auf staatlichem Zwang beruht. Solche Entscheidungen wären nur aufgrund besonderer Staatsverträge über das Sozialversicherungsrecht (33) anerkennungsfähig. Im Gegensatz hierzu stehen Urteile, die über privatrechtliche Forderungen freiwillig Versicherter befinden; sie gehören zum Privatrecht (34).

4.2.5. Strafrecht

Das Strafrecht ist der Inbegriff des staatlichen Zwangsrechtes. Ausländische Strafurteile werden nicht gemäss den hier dargestellten Regeln des Zivilprozessrechts (35) vollstreckt, sondern im Rahmen der internationalen Rechtshilfe- und Auslieferungsabkommen (36) sowie dem neuen Bundesgesetz über Rechtshilfe in Strafsachen (37). Von Anerkennung kann in diesem Zusammenhang gesprochen werden, wenn aufgrund des ausländischen Strafurteils ein im Inland gewährter bedingter Strafvollzug widerrufen werden soll, von Vollstreckung, wenn eine im Ausland ausgesprochene Freiheitsstrafe im Inland vollzogen wird oder eine Geldbusse einzutreiben ist. Um eine Strafsache handelt es sich auch, wenn ein Zivilgericht - ausnahmsweise - in die Lage kommt, Strafen zu verhängen, etwa Ordnungsbussen im Zivilprozess (38). Besondere Schwierigkeiten entstehen, wenn Ansprüche der Parteien geschützt werden, denen Strafcharakter zukommt, die jedoch nicht an den Staat, sondern an die Gegenpartei zu entrichten sind, wie

33 SR 0.83; zur Zeit allerdings nirgends vorgesehen.

34 Es ist zuzugeben, dass dieses Kriterium willkürlich erscheinen mag, denn es gibt ja auch Mischformen, etwa unter dem Bundesgesetz über die berufliche Vorsorge (BVG).

35 Weil weder privatrechtlich noch von Zivilgericht erlassen; Perret 249; Kaufmann-Kohler 214f; gemäss Ständerat Jagmetti, im Amtlichen Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 1985 S.136 gilt dies auch de lege ferenda.

36 Unter SR 0.351.

37 SR 351.1, Werner de Capitani, Internationale Rechtshilfe, eine Standortbestimmung, in ZSR 1981 II 401ff; vgl. Hans Schultz, Das neue Recht der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen, SJZ 77 (1981) 89ff, insbesondere 107.

38 § 124 GVG ZH; Ordnungsbussen schliesst aus: Österreich 9; Storck 12.

etwa die "punitive damages" des amerikanischen Kartellrechts (39).

4.3.Schuldbetreibung

4.3.1.Betreibungsrechtliche Entscheide

Rein betreibungsrechtliche ausländische Entscheide und Massnahmen sind öffentlich-rechtlicher Natur und deshalb im Inland unbeachtlich (40). Dies gilt etwa für ausländische Zahlungsbefehle, Rechtsöffnungen, Verlustscheine (41) oder für entsprechende Institute des ausländischen Vollstreckungsrechts (42). In bloss scheinbarem Widerspruch hierzu stehen zwei Entscheidungen des Bundesgerichtes (43), die ausländische Betreibungsverfahren dann als Zivilsachen betrachten, wenn der durchzusetzende Anspruch ein privatrechtlicher ist. Gegen eine solche Qualifikation ist nämlich nichts einzuwenden, wenn es - wie in den genannten Fällen - um die kleine Rechtshilfe, insbesondere die Zustellung ausländischer Betreibungsurkunden geht. Aus diesen beiden Entscheiden darf jedoch meines Erachtens nicht geschlossen werden, betreibungsrechtliche Entscheide seien auch im Hinblick auf die Anerkennung als Zivilsachen zu betrachten.

4.3.2.Inzidenzstreitigkeiten

Eine zweite Gruppe von gerichtlichen Entscheiden grenzt die Ansprüche mehrerer Gläubiger gegeneinander ab. Es sind dies die sogenannten "Reflexklagen" (44), wie etwa Entscheide im Widerspruchs- oder Kollokationsverfahren. Die materielle

39 Unten 4.5.2.

40 Kaufmann-Kohler 219, Storck 14, Liechti 33 bei N.6, ZR 67 (1968) Nr. 112; Sträuli/Messmer, N.7 zu § 302 ZPO; vgl. auch Guldener IZPR 85 und 134 oben; Storck 15; Strehler 29.

41 Fritzsche/Walder 6 Rz.10; VPB 1958 Nr.56.

42 Über den materiellen Anspruch wird in diesen Fällen zumeist nur vorfrageweise entschieden.

43 BGE 96 III 65, 94 III 37; vgl. VPB 1985 Nr.16; Guldener IZPR 19 bei N.12; vgl. hierzu Frei 200.

44 Fritzsche/Walder § 6 Rz.11; Staehelin Berufung 15f.

Rechtslage wird hierbei nur vorfrageweise geprüft, so dass diese Entscheide nicht als Vollstreckungstitel taugen (45).

4.3.3. Materielle Entscheide aus Anlass der Betreibung

Es geschieht nicht selten, dass aus Anlass einer hängigen Betreibung privatrechtliche Ansprüche gerichtlich beurteilt werden. Solche Entscheidungen gelten als Zivilsachen, da sie nur anlässlich, nicht jedoch innerhalb einer hängigen Betreibung ergehen. Im schweizerischen Recht zählen hierzu etwa die Anerkennungs- oder die Arrestprosequierungsklagen.

Gleichartige ausländische Institute (46) fallen für die Anerkennung nicht schon deshalb ausser Betracht, weil sie anlässlich eines Vollstreckungsverfahrens gefällt wurden (47). Vielmehr ist ihre Funktion gemäss der *lex fori* entscheidend. Erfüllen sie alle übrigen Voraussetzungen (48), sind sie anzuerkennen und gegebenenfalls zu vollstrecken.

4.3.4. Arreste

Arreste bleiben als Massnahmen des Vollstreckungsrechts immer auf das Territorium des Arreststaates beschränkt (49). Sind die entsprechenden Voraussetzungen des Inlandrechts (50) erfüllt, kann Vermögensgut auch im Zweitstaat mit Arrest belegt werden. Der schweizerische Arrestrichter hat auf den ausländischen Arrest keine Rücksicht zu nehmen. Der nicht-anerkannte ausländische Arrest bewirkt insbesondere nicht, dass die Forderung als gesichert zu gelten hat, was eine erneute Arrestlegung verhindern würde (51).

45 Probst 45 und 47 oben.

46 Zur Qualifikation gilt auch hier das oben 4.1.2. Gesagte.

47 Guldener IZPR 134 N.30; VPB 1968/1969 Nr.41; Probst 47.

48 Insbesondere muss die internationale Zuständigkeit gegeben sein.

49 Belgien 1 Abs.2; Deutschland 1; Liechtenstein 1 Abs.2; Probst 45; zu den vorsorglichen Massnahmen oben 3.3.

50 Art.271ff SchKG und einige spezielle Staatsverträge; vgl. Guldener IZPR 188 bei N.45; vgl. den kritischen Aufsatz von Beat Kleiner, Schweizerisches Arrestrecht und internationaler Handel, SJZ 75 (1979) 217ff.

51 Arreste sind nur für ungesicherte Forderungen zulässig, Art. 271 Abs.1 SchKG.

4.4. Konkurs

4.4.1. Territorialitäts- und Universalitätsprinzip

Das internationale Konkursrecht wird von zwei gegensätzlichen Prinzipien beherrscht. Einerseits vom Territorialitätsprinzip (52), das die Wirkungen der Konkurseröffnung auf das Gebiet des Konkursstaates beschränken möchte und keine ausländischen Konkurseröffnungen anerkennt und andererseits vom Universalitätsprinzip, das sämtliche Gläubiger des Gemeinschuldners gleich behandeln will, wo diese auch immer Wohnsitz haben. De lege lata dominiert das Territorialitätsprinzip (53). Die Konkurseröffnung wird als öffentlich-rechtliche Entscheidung ausserhalb des Konkursstaates nicht beachtet (54).

Der Gemeinschuldner, über den an seinem ausländischen Wohnsitz der Konkurs eröffnet worden ist, kann über seine schweizerischen Vermögenswerte unbehelligt verfügen. Er gilt als aufrechtstehend bis der Konkurs - falls überhaupt - auch im Inland eröffnet wird. Die Kehrseite besteht darin, dass sich schweizerische Vermögensstücke trotz Konkurseröffnung mit Arrestbeschluss belegen lassen und es so zu einer ungerechtfertigten Bevorzugung einzelner Gläubiger kommen kann. Bei einem schweizerischen Konkurs bedeutet das Territorialitätsprinzip in seiner reinen Form, dass ausländische Vermögenswerte nicht zur inländischen Konkursmasse admassiert werden können. Da die einheimische Konkurseröffnung im Ausland ebenfalls nicht anerkannt wird (55), gewährt dieses auch

-
- 52 Zum Territorialitätsprinzip allgemein : BGE 109 III 112 E.2a mit einer Zusammenfassung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung; Fritzsche II 3; Riezler 79; Schauwecker § 2.
 - 53 Hierzu (de lege lata et ferenda) : H.U. Walder-Bohner, Die international konkursrechtlichen Bestimmungen des Entwurfes des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) und die Auswirkungen auf die konkursrechtliche Praxis in der Schweiz, in der Liechtensteinischen Juristen-Zeitung 7 (1986) 51ff.
 - 54 Keller/Siehr Einführung 58; Perret 251; Probst 46; Belgien 1 Abs.2; Italien 9; Liechtenstein 1 Abs.2; Österreich 9; Schweden 11 Ziff.1; Tschechoslowakei Zusatzprotokoll Ziff.I Abs.2; Stauffer Staatsverträge 8f; vgl. auch Geimer/Schütze 1451ff; Martiny 237; Kritik in Botschaft 419 mit zahlreichen Hinweisen.
 - 55 Soweit ersichtlich wendet kein Staat das Universalitätsprinzip an.

keine Rechtshilfe. Nur gerade mit Hilfe des Gemeinschuldners selbst kann dessen ausländisches Vermögen in die inländische Konkursmasse eingebracht werden (56).

4.4.2. "Raubsystem"

Das reine Territorialitätsprinzip ist äusserst selten. Die meisten Staaten (57) verbinden die beiden Prinzipien in der für sie günstigsten Kombination. Dies ergibt das Prinzip der sogenannten "milderen Territorialität", das bisweilen treffender "Raubsystem" genannt wird (58).

Dieses System besteht darin, dass ausländische Konkursöffnungen wegen ihrer Öffentlich-rechtlichen Natur im Inland zwar nicht anerkannt werden (Territorialitätskomponente), dass hingegen der inländische Konkurs - wenn irgend möglich - auch das im Ausland gelegene Schuldnervermögen mitumfassen soll (Universalitätskomponente).

Das Universalitätsprinzip kann nur dort angewandt werden, wo dies staatsvertraglich vereinbart ist. Nur gerade ein einziger Staatsvertrag des Bundes und zwei uralte kantonale Staatsverträge befassen sich aber mit dem internationalen Konkursrecht. Das IPRG sieht zwar die Anerkennung ausländischer Konkursöffnungen vor, jedoch nur, wenn das Gegenrecht verbürgt ist (59). Diese Bedingung (60) wird jedoch - zumindest heute - so gut wie nie erfüllt sein.

56 Eventuell durch (ordentliche) gerichtliche Klage der ausländischen Konkursverwaltung im Inland, Keller/Siehr Einführung 58; ZR 83 (1984) Nr.2 S.4.

57 Schweiz : Art. 197 Abs.1 SchKG i.V.m. Art. 27 Abs.1 Konkursverordnung (SR 281.32) ; vgl. Botschaft 450.

58 Nussbaum 25.

59 Art.159 Abs.1 lit.c IPRG.

60 Fehlte noch im Entwurf der Expertenkommission, Kaufmann-Kohler 219.

4.4.3. Gerichtsstandsvertrag mit Frankreich

Das Universalitätsprinzip wird vereinbart im Gerichtsstandsvertrag mit Frankreich aus dem Jahre 1869 (61). Durch Erteilung des Exequaturs (62) wird die Konkursöffnung auf den Partnerstaat ausgedehnt. Dadurch werden beide Staaten zu einem gemeinsamen Konkursgebiet vereinigt, Verfügungen und Zwangsmassnahmen des Konkursamtes darin überall anerkannt und vollstreckt. Da sich ein solches Exequatur auf Bundesrecht stützt, wirkt es für die ganze Schweiz (63). Als "convention double" bestimmt der Gerichtsstandsvertrag auch gerade den zuständigen Konkursrichter (64). Durch die gegenseitige Anerkennung der Konkursöffnung sind Parallelkonkurse ausgeschlossen. Die universelle Wirkung der Konkursöffnung entsteht allerdings nicht automatisch, sondern erst mit dem Exequatur (65).

4.4.4. Konkursvertrag mit Württemberg

Die Übereinkunft der Eidgenossenschaft und der Krone Württemberg von 1825 betreffend Konkursverhältnisse (66) ist ein juristischer Leckerbissen. Man stelle sich vor : vor einem schweizerischen Konkursrichter beruft sich der findige Anwalt eines Gläubigers auf einen über 160jährigen, in Vergessenheit geratenen kantonalen Staatsvertrag mit einem Königreich, das es längst nicht mehr gibt : kantonales Staatsvertragsrecht im bundesrechtlichen Konkursverfahren .

In letzter Zeit erlebt dieser nach wie vor in Kraft stehende (67) Staatsvertrag ein regelrechtes Comeback. Zahlreiche Autoren (68), das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement

61 SR 0.276.193.491; vgl. Guldener IZPR 186ff; Staehelin Staatsverträge 587f; Schnitzer 916.

62 Art. 16 des Abkommens.

63 BGE 94 III 84, unten 11.6.2.

64 Nussbaum 66, Staehelin Staatsverträge 588 bei N.173; zum Begriff : Vischer/von Planta 11.

65 Dieses wirkt konstitutiv, unten 11.2.3.

66 Zürcher Gesetzessammlung 283.1, Jäger/Walder 704.

67 Wurde weder formell gekündigt noch ist er durch desuetudo dahingefallen.

68 Nussbaum 52ff, Perret 251, David in SJZ 1973 S.84, Staehelin Staatsverträge S.561, Amonn 294, Bürge in BlSchK 1974 1ff, Botschaft 448.

(69) und in jüngster Zeit gleich zweimal das Bundesgericht (70) haben sich mit dem Konkursvertrag befasst. Die vom Abkommen vorgesehene Regelung gleicht in vielem dem Gerichtsstandsvertrag mit Frankreich : gegenseitige Anerkennung der Konkursöffnung, Verschmelzung der Konkursmassen, Arrestverbot nach Konkursöffnung und Gerichtsstand am Wohnsitz des Gemeinschuldners.

Das Bundesgericht hat die praktische Bedeutung des Abkommens drastisch eingeschränkt (71). Als kantonales Recht könne das Abkommen zwar zu einer Anerkennung der württembergischen Konkursöffnung führen, nicht jedoch das bundesrechtlich geordnete Konkursverfahrensrecht derogieren. Das Exequatur führe zu einem rein inländischen Konkurs, erst ein allfälliger Überschuss sei an die württembergische Konkursmasse auszuliefern.

4.4.5. Konkursvertrag mit Bayern

Das Konkursabkommen einiger Kantone mit dem Königreich Bayern von 1834 (72) findet weiterhin Anwendung auf Konkursfälle aus dem heutigen Bundesland Bayern. Das Abkommen erreicht jedoch nicht die Bedeutung des Parallelvertrages mit Württemberg. Es enthält nämlich nebst der heute bedeutungslosen Gleichstellung der Konkursgläubiger nur gerade ein Arrestverbot seit Konkursöffnung. Ob dieses Arrestverbot im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Bestand haben könnte, ist mehr als fraglich. Die Arrestgründe werden vom Bundesrecht (73) geregelt und diesem kann durch einen kantonalrechtlichen Staatsvertrag nicht derogiert werden.

69 VPB 1982 Nr.34 S.204, BLSchK 1974 S.4ff.

70 BGE 109 III 83 E.2, 104 III 69 E.3.

71 In BGE 109 III 83 E.2.

72 Zürcher Gesetzessammlung 283.2; hierzu Kurt H. Nadelmann in SJR 1984 346ff.

73 Art.271 SchKG und einige Staatsverträge des Bundes in Spezialmaterien; vgl. Guldener IZPR 188 bei N.45.

4.5.Grenzfälle

Ausländische Rechtsinstitute lassen sich nicht immer klar als privat- oder Öffentlichrechtlich qualifizieren. Im folgenden seien die Entscheide der sogenannten "freiwilligen Gerichtsbarkeit", danach zwei besonders wichtige Spezialfälle des amerikanischen Rechts erläutert.

4.5.1.Freiwillige Gerichtsbarkeit

Entscheide der freiwilligen Gerichtsbarkeit - auch Verfahren in nichtstreitigen Rechtssachen genannt - sind im Gegensatz zu privatrechtlichen Entscheiden von Verwaltungsbehörden (74) verwaltungsrechtliche Entscheide von Gerichten (75). Zumeist fehlt es an einer Gegenpartei. Der Entscheid wird nur wegen seiner Wichtigkeit dem Richter vorbehalten. Die Hauptanwendungsfälle stammen aus dem Personenrecht : Entmündigung, Verbeiständung oder Verschollenenerklärung (76). In unserem Zusammenhang von Bedeutung ist etwa die Kraftloserklärung von Wertpapieren (77) oder Verbeiständung einer Aktiengesellschaft (78).

Es besteht grundsätzlich keine Veranlassung (79), Entscheide im Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit von der Anerkennung auszunehmen (80). Dies um so mehr, als eine Trennung in streitige und nichtstreitige Gerichtsbarkeit nur schwer durchführbar ist (81). Art.29 IPRG stellt nun die Entscheide der freiwilligen Gerichtsbarkeit und die Urkunden den gerichtlichen Urteilen gleich und bestimmt, dass die Aner-

74 Oben 3.1.5.

75 Walder ZPR 1 Rz 20.

76 ZH 215 - 219.

77 Art. 97Iff, 977, 98Iff, 1072 und 1143 Ziff.19 OR, Art. 870 ZGB.

78 Art. 392ff ZGB.

79 Ausser dies sei staatsvertraglich ausgeschlossen : Schweden 3; hierzu Storck 15f; Botschaft Deutschland BBl 1929 III 532.

80 Guldener IZPR 196 bei N.62, Kaufmann-Kohler 220 N.50; Probst 251; ausdrücklich : Belgien : BBl 1959 II 311; Italien : BBl 1933 I 234; Österreich : BBl 1927 I 379; Tschechoslowakei Zusatzprotokoll Ziff.I Abs.1; Liechti 32; für das deutsche Recht : Raape/Sturm 356f; anderer Ansicht Jellinek 175; vgl. auch Probst 48 und Niedermann 53.

81 Sträuli/Messmer, N. 3 vor § 204; Storck 16 bei N.54; Geimer/Schütze 1439; Martiny 238.

kennungsregeln sinngemäss anzuwenden seien. Was noch als freiwillige Gerichtsbarkeit zu gelten hat und was schon als Verwaltungsrecht zu qualifizieren ist, bestimmt sich nach schweizerischem Recht (82).

4.5.2. Anti-trust

Ausländische kartellrechtliche Entscheide können dann anerkannt werden, wenn sie private Ansprüche zum Gegenstand haben. Dies trifft zu für Schadenersatzansprüche oder die Rückabwicklung nichtiger Verträge. Die amerikanischen Anti-Trust Gesetze sehen nun neben strafrechtlichen zwei Arten von zivilrechtlichen Rechtsbehelfen vor. So kann eine staatliche Überwachungsbehörde oder auch ein Privater vor den Zivilrichter klagen. Ersteres wird dem Verwaltungsrecht zugeordnet und gleich wie ein Strafentscheid nicht vollstreckt. Die zivilrechtliche Klage eines Privaten wäre an sich vollstreckbar. Das amerikanische Recht (83) sieht jedoch eine Besonderheit, die sogenannten "treble damages" bzw. "punitive damages" vor (84). Der Beklagte kann zur Zahlung eines Vielfachen des eigentlichen Schadens verurteilt werden. Dies geschieht aus präventiven Gründen und als Anreiz für private Kläger, die staatliche Wettbewerbspolitik durchzusetzen (85). Nach amerikanischer Auffassung handelt es sich hierbei um ein reines Zivilverfahren. Der gesamte "Schadenersatz" kommt dem obsiegenden Kläger, nicht etwa dem Staat zugute. Dennoch ist - zumindest aus Sicht des Beklagten - der Strafcharakter eines solchen Urteils nicht zu übersehen (86). Die Anerkennung solcher Entscheide dürfte an zwei Voraussetzungen scheitern. Wegen des Strafgedankens ist das Urteil keine (reine) Zivilsache (87). Zudem dürfte der schweizerische ordre public einem Schadenersatz über den eigentlichen Schaden hinaus entgegenstehen, ist es doch ein fundamentaler Grundsatz des ein-

82 Zur Qualifikation allgemein oben 4.1.2.

83 Section 7 Sherman Act, section 4 Clayton Act; hierzu Martiny 214f, 236f; Shenefield 116; Elsener 130ff.

84 Schadenersatz als Vielfaches des eigentlichen Schadens.

85 Martiny 236.

86 Geimer/Schütze 128; Martiny 236.

87 Zum Strafrecht oben 4.2.5.; zu Privatstrafen Geimer/Schütze 128.

heimischen Haftpflichtrechts, dass nur ein wirklich eingetretener Schaden zu ersetzen ist (88). Das IPRG bringt dies in Art. 131 Abs.2 zum Ausdruck, indem es bestimmt, dass auch bei Anwendung ausländischen Rechts kein grösserer Schadenersatz zugesprochen werden darf, als nach schweizerischem Recht möglich gewesen wäre. Auch wenn diese Bestimmung nur die direkte Anwendung ausländischen Rechts beschlägt, dürfte sie bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile ebenfalls zu beachten sein.

4.5.3. Produktheftpflicht

Für Schadenersatzurteile gestützt auf Produktheftpflicht (89) gilt das soeben gesagte ebenfalls. Soweit nur der tatsächliche Schaden zugesprochen wird, sind sie vollstreckbar. Nehmen sie - bei Zusprechung von punitive damages - Strafcharakter an, scheiden sie aus obgenannten Gründen aus. Eindrücklich das von Kaufmann-Kohler (90) zitierte Beispiel in Sachen Gillham gegen The Admiral Corporation : nebst Schadenersatz (compensatory damages) von US \$ 125,000 wurden zusätzlich punitive damages von US \$ 1,000,000 zugesprochen.

4.5.4. Teilweise Vollstreckung bzw. teilweise Rückforderung

Es stellt sich die Frage, ob solche Urteile nicht allenfalls im reduzierten Teilbetrag vollstreckbar sind (91). Bei Zusprechung des dreifachen Schadensbetrages würde also das Leistungsurteil "zu einem Drittel" vollstreckt. Auch wenn hierzu keine Praxis ersichtlich ist, so darf eine solche Teilvollstreckung doch als unzulässig ausgeschlossen werden. Die Abänderung des Dispositivs würde gegen das Verbot der révision au fond und somit gegen einen der wichtigsten Vollstreckungsgrundsätze verstossen (92).

88 Kaufmann-Kohler 243; vgl. auch Martiny 215 bei N.1394.

89 Hierzu Prager, die Produktheftpflicht im IPR, Diss.1975, 152ff.

90 Kaufmann-Kohler 244 : 523 F.2d 102 (6th Cir 1975).

91 Zu diesem "exequatur réductif" unten 11.4.3.

92 Oben 1.6.2.; gleicher Meinung Kaufmann-Kohler 1.

Im Zusammenhang mit dem soeben Ausgeführten steht die Frage, ob der Beklagte, der in den USA treble damages bezahlen musste, hier in der Schweiz denjenigen Teil zurückfordern kann, der den tatsächlichen Schaden übersteigt und dessen Zusprechung unseren ordre public verletzt (93). Mangels einer ausdrücklichen Norm dürfte dies gemäss den allgemeinen Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung (94) wohl nicht möglich sein. Immerhin ist zu bemerken, dass das amerikanische Urteil als solches den schweizerischen Richter, der über die Rückleistung zu befinden hat - mangels Anerkennung - nicht bindet und somit einer Neubeurteilung der Leistungspflicht nicht entgegensteht. Ob es jedoch trotz Nichtanerkennung als "iusta causa" im Sinne des Bereicherungsrechts betrachtet werden kann, ist eine rechtstheoretische Frage.

Bezeichnenderweise haben Grossbritannien, Kanada und Australien Gesetze erlassen (95), die es ausdrücklich erlauben, zwei Drittel der bezahlten treble damages zurückzufordern.

93 Zur Rückforderung allgemein : unten 11.7.2.

94 Art.62ff OR.

95 Grossbritannien : Protection of Trading Interest Act (1980); Canada: Foreign Proceedings and Judgements Bill, C-41; Australien: Foreign Antitrust Judgements (Restriction of Enforcement) Act (1979); vgl. Martiny 215 bei N.1392 mit Nachweisen; Kaufmann-Kohler 242ff; Elsener 138; Shenefield 127.

5. Rechtskraft

5.1. Grundsätzliches

5.1.1. Funktion der Rechtskraft im Anerkennungsrecht

Die Hauptwirkung des ausländischen Urteils, die durch die Anerkennung auf das Inland erstreckt wird, ist dessen materielle Rechtskraft. Dass die Rechtskraft nur dann erstreckt werden kann, wenn sie im Urteilsstaat überhaupt vorhanden ist, versteht sich von selbst (1).

Ebenso selbstverständlich - zumindest in unserem innerstaatlichen Bereich - ist es, dass unter Vorbehalt vorsorglicher Massnahmen erst dann zur Zwangsvollstreckung geschritten werden darf (2), wenn das Erkenntnisverfahren abgeschlossen, der Streit mit anderen Worten endgültig entschieden ist. Dies gilt im internationalen Verhältnis in noch stärkerem Masse. Das Ende des ausländischen Erkenntnisverfahrens muss deshalb auch für die Vollstreckung im Inland abgewartet werden (3).

5.1.2. "Rechtskraft", "Endgültigkeit", "Vollstreckbarkeit"

Was heisst jedoch in unserem Zusammenhang "Ende des ausländischen Erkenntnisverfahrens" ? Genügt der Nachweis der formellen Rechtskraft (Unabänderlichkeit des Urteils) oder muss auch die materielle Rechtskraft (Verbindlichkeit inter partes) dargelegt werden (4) ? Ist bei einem Leistungsurteil (auch) die Vollstreckbarkeit gemäss erststaatlichem Recht nachzuweisen ?

Hinzu kommt, dass auch ein Urteil, das sämtliche vorgenannten Eigenschaften besitzt, also formell und materiell rechtskräftig sowie vollstreckbar ist, immer noch nicht "endgültig"

-
- 1 Unten 11.3.1.; anders der deutsch-österreichische Vertrag von 1959 und der EWG-Vertrag; Volken 84.
 - 2 Sichernde vorsorgliche Massnahmen selbstverständlich ausgenommen.
 - 3 Martiny 224; Kaufmann Tendenzen 365; Niedermann 55 bei N.81; Haubensak 19; dies um so mehr, als die Rückforderung von Vermögenswerten, in die vollstreckt worden ist sowie die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen im internationalen Verhältnis nur schwer zu realisieren ist, vgl. Wolff 336 bei N.125.
 - 4 Unten 5.4.2.

im strengen Sinn dieses Wortes ist. Mit unbefristeten ausserordentlichen Rechtsmitteln kann jedes Urteil auch noch Jahre später aufgehoben oder abgeändert werden. So gesehen muss man sich mit einer "relativen Endgültigkeit" zufrieden geben und eine vernünftige Schwelle definieren (5), da es eine absolute Endgültigkeit nicht gibt. Hierbei ist zu beachten, dass diese Frage in der Praxis selten umstritten ist, da ein Auseinanderklaffen von formeller und materieller Rechtskraft sowie von Rechtskraft und Vollstreckbarkeit zwar denkbar, jedoch sehr selten ist. Auch die Gerichte zeigen nicht immer grosses Einfühlungsvermögen in die Feinheiten ausländischer Zivilprozessgesetze. So musste sich der vor dem New Yorker Supreme Court Unterlegene, der geltend machen wollte, dessen "Final Judgement" sei zwar ein Endurteil, nicht jedoch rechtskräftig, vom Thurgauer Obergericht sagen lassen (6) : "Das trifft nicht zu. 'Final' bedeutet endgültig, unwiderruflich und auch rechtskräftig. (Langenscheidts Handwörterbuch Englisch, 1973, S.235 und 451) Im Urteil ist zudem festgehalten, 'that the plaintiff have execution therefor', dass der Kläger dafür Vollstreckung verlangen könne."

Dieser Entscheid mag im Ergebnis richtig sein, die rein grammatikalische Begründung ist jedoch angesichts des zu Kontroversen führenden Rechtskraftbegriffs des amerikanischen Zivilprozessrechts, insbesondere des dort möglichen Verzichtes auf Urteilszustellung keineswegs überzeugend.

5.2. Formelle Rechtskraft

5.2.1. Begriff und anwendbares Recht

Formelle Rechtskraft bedeutet nach schweizerischer Auffassung, dass das Urteil mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr angefochten werden kann, die Entscheidung unter Vorbe-

5 Storck 23 unten; Wolff 335.

6 Rechenschaftsbericht Thurgau 1974, S.59; zum amerikanischen Zivilprozessrecht vgl. Kaufmann-Kohler 221f; Wolff 339; unten 5.3.1.

halt ausserordentlicher Rechtsmittel unabänderlich ist (7). Sie tritt bei letztinstanzlichen Entscheiden mit der Fällung ein, bei weiterziehbaren Urteilen mit unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. Rückzug des ergriffenen Rechtsmittels. Das schweizerische Anerkennungsrecht verlangt die so verstandene Rechtskraft auch vom ausländischen Urteil: dieses darf durch ordentliche Rechtsmittel nicht mehr anfechtbar sein (8). Ob dies der Fall ist, richtet sich nach der lex fori des Urteilsgerichtes. Mit anderen Worten: das Inlandrecht bestimmt, was unter Rechtskraft zu verstehen ist - welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen - und das Rechts des Prozessgerichtes besagt, ob diese Voraussetzungen der Rechtskraft in casu erfüllt sind oder nicht (9).

5.2.2.Arten von Rechtsmitteln

Definiert man nun die formelle Rechtskraft im obgenannten Sinn, so ist zu untersuchen, was unter einem ordentlichen Rechtsmittel zu verstehen ist. "Ordentlich" heisst das Rechtsmittel nach allgemeiner Auffassung dann, wenn schon die Tatsache der Ergreifung als solche die Wirksamkeit des Urteils zumindest im Umfange der Rechtsmittelanträge hemmt, das Rechtsmittel also suspensiv wirkt (10). Ob es vollkommen oder unvollkommen, reformatorisch oder kassatorisch, devolutiv oder nicht devolutiv ist und ob Noven zulässig sind, spielt dagegen keine Rolle (11). Das Anerkennungsrecht beachtet die letztgenannten Kriterien mit guten Gründen nicht. Ob nämlich das angefochtene Urteil bloss kassiert oder neu entschieden

-
- 7 Walder ZPR 26 Rz 1; Guldener ZPR 362; Sträuli/Messmer, N.1 zu § 190 ZPO; Vogel 8 N 61; Niedermann 56; Liechti 46 Storck 23; BGE 79 I 243; 53 I 219; Martiny 226; Kaufmann Tendenzen 365; Staehelin Staatsverträge 575 bei N.97; Fritzsche/Walder 19 Rz 2; Perret 251; Strehler 31; Probst 14; vgl. auch Habscheid, Die Rechtskraft nach schweizerischem Zivilprozessrecht, SJZ 74 (1978) 201ff
- 8 Ausdrücklich Belgien 1 Abs.1 lit.c; vgl. aber den bei Guldener IZPR 85 N.5 zitierten BGE 47 I 189.
- 9 Guldener IZPR 95 N 18 sowie 98 N 37; Volken 86; Niedermann 57; Wolff 336 bei N.131; Perret 252; Kaufmann-Kohler 221 bei N.57 und 240ff; BGE 102 Ia 313; 97 I 254 E.4; BJM 1977 153; ZR 79 (1980) 37.
- 10 Walder ZPR 26 Rz 1 und 39 Rz 8; Kaufmann-Kohler 221; Perret 251; Probst 14; BGE 102 Ia 76, ZR 60 (1961) 173, ZR 79 (1980) 36.
- 11 Zu diesen Begriffen siehe statt vieler Walder ZPR 39 Rz 4-12.

wird, ob hierzu der bisherige oder ein hierarchisch höherstehender Richter zuständig ist und ob dies bloss aufgrund von unrichtiger Rechtsanwendung oder auch falscher Tatbestandsermittlung geschehen darf, ist für den Zweitstaat nicht von Bedeutung, er darf und muss mit der Vollstreckung bis zur endgültigen Entscheidung zuwarten.

In den allermeisten ausländischen wie auch inländischen Zivilprozessordnungen ist die Unterscheidung zwischen ordentlichen und ausserordentlichen Rechtsmitteln wenn nicht dem Namen so doch der Sache nach bekannt (12). Ordentliche Rechtsmittel müssen regelmässig innerhalb bestimmter Verwirkungsfristen ergriffen werden und richten sich gegen Entscheide unterer Gerichte und haben zum Zweck, eine Neubeurteilung durch ein höheres Gericht zu erreichen. In der Regel müssen nur bestimmte formelle Voraussetzungen nachgewiesen werden, etwa das Erreichen eines Mindeststreitwerts. Ausserordentliche Rechtsmittel hingegen haben meist die Funktion, entweder besonders gravierende Fehler einer an sich endgültig urteilenden Behörde zu korrigieren (13) oder aber die nachträgliche Berücksichtigung "neuer" Tatsachen oder Beweismittel zu ermöglichen, welche die Richtigkeit der an sich korrekt gefällten Entscheidung widerlegen (14).

5.2.3.Ordentliche Rechtsmittel

Ordentliche Rechtsmittel hemmen also definitionsgemäss die Rechtskraft des angefochtenen Urteils (15). Nun ist aber denkbar, dass einem ordentlichen Rechtsmittel durch Entscheid des Richters im Einzelfall entgegen der allgemeinen Regel die aufschiebende Wirkung entzogen werden kann, wie es etwa die Zürcher Zivilprozessordnung für den Rekurs vorsieht (16). In einem solchen Fall erwächst der angefochtene Entscheid trotz Ergreifung des ordentlichen Rechtsmittels in Rechtskraft und

12 Guldener ZPR 485; Liechti 46 bei N.1.

13 So die zürcherische Nichtigkeitsbeschwerde gemäss § 281ff ZPO; vgl. auch Perret 253.

14 Die zürcherische Revision gemäss § 293ff ZPO.

15 Zürcherische Berufung : ZH 260; Rekurs : ZH 275.

16 ZH 275 2.Satz.

wird regelmässig zugleich vollstreckbar (17). Konsequenterweise müsste ein analoges Institut des ausländischen Prozessrechts ebenfalls zu berücksichtigen sein.

Angesichts der besonderen Schwierigkeiten, die eine Rückgängigmachung ausgeführter Vollstreckungsmassnahmen im internationalen Verhältnis mit sich bringt, sollte jedoch auch in diesem Fall der Ausgang des Rechtsmittelverfahrens abgewartet werden müssen. Ein vorher gestelltes Vollstreckungsbegehren muss sistiert, eventuell sogar abgewiesen werden (18). Es ist zuzugeben, dass die hier vorgeschlagene Lösung inkonsequent ist. Das ausländische Urteil ist ja trotz des hängigen Rechtsmittelverfahrens gemäss der lex fori rechtskräftig und vollstreckbar, so dass einer Vollstreckbarerklärung an sich nichts im Wege stünde. Auch widerspricht es dem schweizerischen ordre public keineswegs, wenn ordentlichen Rechtsmitteln die aufschiebende Wirkung entzogen wird. Dieses Institut ist ja auch im Inland wohlbekannt.

5.2.4. Ausserordentliche Rechtsmittel

Ausserordentliche Rechtsmittel berühren definitionsgemäss die Rechtskraft des angefochtenen Urteils grundsätzlich nicht. Das Urteil erwächst trotz Ergreifung des Rechtsmittels in Rechtskraft. Aber auch in diesem Fall ermöglichen zahlreiche Prozessgesetze dem Richter, auch dem ausserordentlichen Rechtsmittel im Einzelfall die aufschiebende Wirkung zu erteilen und dadurch sowohl Rechtskraft als auch Vollstreckbarkeit zu hemmen (19). Die Erteilung der aufschiebenden Wirkung muss vom Zweitrichter berücksichtigt werden: das Urteil darf gemäss der allgemeinen Regel nicht vollstreckt werden, dass

17 Sträuli/Messmer, N. 4 zu § 275 ZPO.

18 Letzteres, wenn eine Sistierung prozessual nicht möglich ist, wie im Rechtsöffnungsverfahren; vgl. die in der Praxis illusorische Frist des Art. 84 SchKG.

19 Zürcherische Nichtigkeitsbeschwerde ZH 286; Revision ZH 294; vgl. Sträuli/Messmer N. 1 und 2. zu § 286 ZPO; Guldener ZPR 617 bei N.10; Liechti 46 bei N.2. Allerdings liesse sich auch die Meinung vertreten, ein ausserordentliches Rechtsmittel könne auch dann, wenn ihm aufschiebende Wirkung erteilt worden ist, nur die Vollstreckbarkeit hemmen, nicht auch die Rechtskraft beseitigen.

es nicht sinnvoll ist, dem Urteil im Zweitstaat mehr Wirkungen zuzugestehen als es im Urteilsstaat selbst hat (20). Einen recht häufigen Spezialfall bilden die fristgebundenen ausserordentlichen Rechtsmittel. So muss die zürcherische Nichtigkeitsbeschwerde innerhalb einer Verwirkungsfrist von dreissig Tagen (21) seit Eröffnung des anzufechtenden Urteils ergriffen werden. Kein Zürcher Gericht wird vor Ablauf dieser Frist die Rechtskraft des Urteils bescheinigen (22), da es ja möglich ist, dass der Nichtigkeitsbeschwerde aufschiebende Wirkung erteilt wird. Erst nach unbenütztem Fristablauf oder bei Ablehnung des Gesuches um Erteilung der aufschiebenden Wirkung steht fest, dass das Urteil wirklich in Rechtskraft erwachsen ist. Einer solchen Rechtslage muss meines Erachtens auch im internationalen Verhältnis Rechnung getragen werden. Ein ausländisches Urteil, das einem fristgebundenen (23), wenn auch ausserordentlichen Rechtsmittel unterliegt, sollte nicht vollstreckt werden dürfen, bis die Verwirkungsfrist abgelaufen ist oder die Verweigerung der aufschiebenden Wirkung feststeht. Das Kriterium der Suspensivwirkung ist deshalb in diesem Sinne zu modifizieren (24).

20 Unten 11.3.1.

21 ZH 287 Abs.1, in Spezialfällen innert 10 Tagen, Abs.2 l.c.

22 So zumindest die konstante Praxis der Zürcher Gerichte, befürwortet von Guldener ZPR 485f.

23 Etwas Mühe bereiten diejenigen ausländischen Rechtsmittel, deren Zulässigkeit nicht oder nicht nur von formellen Voraussetzungen und Fristen sondern (auch) vom Ermessen des Richters abhängt. So ist gegen den Entscheid der Chancery Division des englischen High Court ein appeal nur möglich, wenn entweder der iudex a quo (der High Court) oder der iudex ad quem (Court of appeal) ihre Einwilligung hierzu erteilen. Das Begehren hierzu ist allerdings innert Frist zu stellen. Aus den skizzierten Überlegungen folgt, dass auch hier in jedem Fall der Fristablauf, die "finality" abgewartet werden muss.

24 Gemäss Art.16 Ziff.3 des Staatsvertrages mit Frankreich ist die Anerkennung auch dann zu verweigern, wenn ein ausserordentliches Rechtsmittel ergriffen wurde; vgl. Perret 252f; zustimmend - auch für die übrigen Staatsverträge - Storck 24f und Petitpierre 29; vgl. auch Guldener IZPR 135 oben.

5.2.5. Lösungsvorschlag

Ordentliche Rechtsmittel, also solche, die aufgrund einer gesetzlichen Bestimmung die Rechtskraft grundsätzlich und automatisch hemmen, schliessen die Vollstreckbarkeit im Zweitstaat so lange aus, als das Rechtsmittelverfahren nicht endgültig abgeschlossen ist, mag dem Rechtsmittel auch ausnahmsweise die aufschiebende Wirkung durch den Rechtsmittelrichter entzogen worden sein. **Ausserordentliche** Rechtsmittel hemmen die Rechtskraft nur, wenn ihnen durch den Urteils- oder den Rechtsmittelrichter die aufschiebende Wirkung verliehen worden ist (25). Die Beweislast hierfür trägt im Anerkennungsverfahren der Rechtsmittelkläger. Läuft in Bezug auf den zu vollstreckenden Entscheid noch eine **Rechtsmittelfrist**, ist die Vollstreckung bis zu deren Ablauf aufzuschieben, auch wenn das Rechtsmittel ein ausserordentliches ist.

5.3. Eröffnung und Zustellung des Urteils

Das (umstrittene) Erfordernis der Eröffnung bzw. Zustellung des Urteils ist eine der schwierigsten Fragen des Anerkennungsrechts. Dies hängt damit zusammen, dass die Urteilszustellung Anforderungen gerade dreier Rechtsordnungen erfüllen muss. Ob die Rechtskraft des Urteils von dessen Eröffnung abhängt oder nicht und ob der Beklagte überhaupt einen Anspruch auf Zustellung hat, bestimmt das Prozessrecht des Urteilsgerichtes (26). Auf welchem Wege und in welchen Formen das Urteil zugestellt werden kann und darf entscheidet das Völkerrecht, bzw. ein allenfalls bestehender Staatsvertrag zwischen dem Urteils- und dem Zustellungsstaat (27), der ja mit dem Vollstreckungsstaat nicht identisch zu sein braucht. Ob schliesslich der Nachweis der (tatsächlichen) Zustellung eine Voraussetzung der Anerkennung und Vollstreckung dieses Ur-

25 Anderer Ansicht Storck 24 und Petitpierre 29, welche die blosser Tatsache der Ergreifung eines - wenn auch nur ausserordentlichen - Rechtsmittels genügen lassen, um die Vollstreckung auszuschliessen.

26 Guldener IZPR 95 N 18 sowie 98 N 37; Volken 86; Niedermann 57; Wolff 336 bei N.131; Perret 252; Kaufmann-Kohler 221 bei N.57 und 240ff; BGE 102 Ia 313; 97 I 254 E.4; BJM 1977 153; ZR 79 (1980) 37.

27 Hierzu unten 7.3.1.

teils darstellt, entscheidet das Anerkennungsrecht des Zweitstaates.

Es ist nicht verwunderlich, dass dies zu Kollisionen führt. Nach schweizerischer Auffassung löst nämlich regelmässig erst die Zustellung des Urteils Rechtsmittelfristen aus (28). Andererseits kann ein Urteil so lange nicht in Rechtskraft erwachsen, als allfällige Rechtsmittelfristen nicht abgelaufen sind. Wird das Urteil nicht zugestellt, kann der Fristenlauf nicht beginnen : das Urteil kann gar nie in Rechtskraft erwachsen (29). Im Gegensatz hierzu kann das ausländische Prozessrecht auf die Eröffnung des Urteils verzichten, diese der siegreichen Partei überlassen oder - was häufig ist - einem Säumigen gegenüber Zustellungssurrogate zulassen, mithin eine bloss fiktive Zustellung vorsehen.

Das Verhältnis dieser Rechtsordnungen zueinander ist umstritten und führt zu grossen Rechtsunsicherheiten. Das anschaulichste Beispiel ist ein Prozess (30), dessen materieller Teil nicht einmal ein Jahr dauerte, mit dessen Exequatur sich jedoch sechs schweizerische Gerichtsinstanzen fast fünf Jahre lang beschäftigten, abwechselnd je im gegensätzlichen Sinn entschieden und dennoch keine Klarheit schufen.

5.3.1. Zustellung als Voraussetzung der Rechtskraft ?

Es gibt in der Tat Rechtsordnungen, welche die Rechtskraft ohne Rücksicht auf die Eröffnung des Urteils eintreten lassen, bzw. die Zustellung als eine Handlung der Parteien und nicht des Gerichtes betrachten (31).

Geht man davon aus (32), das schweizerische Recht schreibe nur vor, was unter "formeller Rechtskraft" (33) zu verstehen

28 Vgl. ZH 261 Abs.1 (Berufung); 276 Abs.1 (Rekurs); vgl. Kaufmann-Kohler 224; Guldener in ZR 55 (1956) S.221.

29 Volken Konventionskonflikte 86; Volken Rechtshilfe 452 N.24.

30 Zitiert unten 5.3.1.

31 Insbesondere im angloamerikanischen Rechtskreis; vgl. VPB 1985 Nr.16 S.90f; Frei 201.

32 Vgl. die herrschende Lehre, zitiert oben Note 9; vgl. BGE 105 Ia 312 E.3b.

33 Die Kontroverse, ob nicht der Eintritt der materiellen Rechtskraft gefordert werden muss ist in diesem Zusammenhang irrelevant; vgl. hierzu unten 5.4.

sei und überlasse dem ausländischen Recht die Entscheidung, ob die so definierten Merkmale in casu gegeben sind und hält man sich weiter vor Augen, dass der Eintritt der formellen Rechtskraft traditionellerweise mit dem Fehlen ordentlicher Rechtsmittel gleichgesetzt wird, so kann die Eröffnung bzw. Zustellung des Urteils nur insoweit von Bedeutung sein, als das ausländische Prozessrecht den Fristenlauf ordentlicher Rechtsmittel von der Urteilseröffnung abhängig macht.

Tritt die Rechtskraft gemäss diesem ausländischen Prozessrecht jedoch ohne Rücksicht auf die Zustellung des Urteils ein, darf dies vom Zweitrichter nicht in Frage gestellt werden. Andererseits dürfte die - widerlegbare - Vermutung zulässig sein, auch das ausländische Prozessrecht lasse Rechtsmittelfristen erst mit der Zustellung des Urteils zu laufen beginnen (34). Der Anerkennungskläger, der eine andere Rechtslage behauptet, hat dies zu beweisen (35).

Von diesen Überlegungen geht auch das Bundesgericht aus, wie an dem bereits angetönten Entscheid (36) erläutert werden soll :

Im Jahre 1974 klagte ein deutscher Geschäftsmann gegen eine amerikanische Gesellschaft vor dem District Court of Oregon. Die Beklagte erhob Widerklage, die der Kläger - schriftlich - materiell beantwortete. Dem nachfolgenden Verfahren blieb er jedoch fern. In der Folge wurde die Hauptklage abgewiesen und die Widerklage gutgeheissen. Dieses Urteil wurde dem Hauptkläger durch die siegreiche amerikanischen Gesellschaft per Luftpost und uneingeschrieben zugestellt. Dieser gelang es kurz darauf, ein Zürcher Bankkonto des Beklagten mit Arrest zu belegen, worauf gestützt auf das amerikanische Urteil definitive Rechtsöffnung begehrt wurde.

34 Dies ist die Folge der Anwendung schweizerischen Rechts als Ersatz für unbekanntes nicht nachgewiesenes ausländisches Recht, vgl. ZH 57 Abs.2.

35 De lege ferenda ist das ausländische Recht von Amtes wegen anzuwenden, Art.15 IPRG, es sei denn, dieses sei nicht feststellbar.

36 Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichtes vom 19.12.1979 in Sachen United Financial Group Ltd. gegen Warmbrunn; vgl. hierzu Kaufmann-Kohler 240ff und den veröffentlichten Teilentscheid BGE 103 Ia 531.

Nach einem fünfjährigen Exequaturprozess, der vor insgesamt sechs schweizerischen Gerichtsinstanzen ausgetragen wurde (37), wurde die Nichtvollstreckbarkeit dieses Urteils festgestellt.

Das Bundesgericht bestätigte, dass das schweizerische Recht bestimmt, was unter Rechtskraft zu verstehen ist und das amerikanische Recht zu entscheiden hat, ob diese in casu vorliegt. Das amerikanische Prozessrecht war vom Anerkennungskläger nicht nachgewiesen worden, so dass es nicht willkürlich (38) erschien, dass zürcherisches Prozessrecht als Ersatzrecht (39) angewendet worden war. Dieses lässt eine bloss postalische Zustellung nicht zu, die Rechtsmittelfristen konnten somit nicht zu laufen beginnen, das Urteil war wegen fehlender Rechtskraft nicht zu vollstrecken.

Die Überraschung folgt jedoch sogleich. Am selben Tag entschied nämlich das Bundesgericht in der selben Besetzung in einem fast identischen Fall die nämliche Rechtsfrage ein zweites mal (40). Es ging um ein Parallelurteil des selben District Court of Oregon, das gegen den selben Beklagten, jedoch zu Gunsten eines anderen Klägers vollstreckt werden sollte. Das Urteil war dem Beklagten im zweiten Fall überhaupt nicht zugestellt worden. Die Fragestellung war die gleiche und der Entscheid des Bundesgerichtes beendete einen - auch prozessual - praktisch identischen Parallelprozess.

-
- 37 Der hierbei nicht mitgezählte Arrestrichter bewilligte am 31. Januar 1975 die Verarrestierung eines Bankkontos des Beklagten, worauf der Einzelrichter am Bezirksgericht Zürich am 31. Oktober 1975 als Exequaturrichter die Vollstreckbarerklärung ablehnte und somit das Rechtsöffnungsbegehren abwies; er wurde vom Obergericht als Rekursinstanz am 30. April 1976 korrigiert, worauf das Kassationsgericht diesen Entscheid am 3. März 1977 kassierte; allerdings wurde der Beschwerdeentscheid seinerseits am 26. Oktober 1977 vom Bundesgericht aufgehoben. Das Kassationsgericht fällte am 5. Juli 1978 einen neuen - wenn auch inhaltlich identischen - Entscheid, der am 19. Dezember 1979 vom Bundesgericht als nicht willkürlich geschützt wurde. Bemerkenswerterweise dauerte das amerikanische Hauptverfahren 10 Monate, das schweizerische Exequaturverfahren fast 5 Jahre.
- 38 Die Kognition des Bundesgerichtes ist bei der Überprüfung der Vollstreckbarerklärung ausserhalb des Anwendungsgebietes der Staatsverträge auf Willkürprüfung beschränkt; vgl. unten 12.6.5.
- 39 Heute : ZH 57 Abs.2; vgl. jedoch Art.15 IPRG.
- 40 Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichtes vom 19. Dezember 1979 in Sachen Warmbrunn gegen Geddes.

Mit einem nicht unwesentlichen Unterschied : die Erteilung des Exequaturs wurde bestätigt.

Dieses überraschende Ergebnis rührt daher, dass es dem zweiten Kläger gelang, das amerikanische Prozessrecht (41) nachzuweisen und darzulegen, dass dieses einem Säumigen keinen Anspruch auf Zustellung des Endentscheids gewährt und das Urteil ohne Rücksicht auf die Zustellung in Rechtskraft erwachsen lässt.

Als **Fazit** bleibt : unter dem Aspekt der Rechtskraft ist die Eröffnung des Urteils nur dann wesentlich, wenn die ausländische lex fori die Urteilszustellung vorschreibt, was jedoch bis zum Beweis des Gegenteils seitens des Beklagten zu vermuten ist.

5.3.2.Zustellung als selbständige Anerkennungsvoraussetzung ?

Müsste aber nicht aus der Sicht unseres Anerkennungsrechts die Eröffnung des Urteils als selbständige Anerkennungsvoraussetzung gefordert werden, bzw. zum Bestandteil des Rechtskraftbegriffs des Anerkennungsrechts (42) erklärt werden?

Die wohl herrschende Lehre wie auch die Praxis ist in dieser Beziehung äusserst anerkennungsfreundlich (43). Der Eintritt der formellen Rechtskraft wird mit dem Fehlen ordentlicher Rechtsmittel gleichgesetzt, die Eröffnung des Urteils gilt nicht als unabdingbare Voraussetzung der Rechtskraft.

Die gegenteilige Meinung wird ebenfalls vertreten. So verlangt der Kommentar Sträuli/Messmer (44) vom ausländischen Urteil "die formelle Rechtskraft, also Ausschluss ordentlicher Rechtsmittel nach erfolgter Eröffnung", was eine Vollstreckung ohne Nachweis der Eröffnung ausschliesst. Das Bundesgericht hat in einem neueren Entscheid (45) festgehalten, dass diese Auffassung vom kantonalen Recht zumindest ohne Willkür vertreten werden darf, da es den Kantonen im Anwen-

41 Hier die rule 77d Federal Rules of Civil Procedure der USA.

42 Dies ist im innerstaatlichen schweizerischen Prozessrecht durchwegs der Fall; oben Note 28.

43 Guldener in ZR 55 (1956) 220 mit kritischer Anmerkung zu Nr.107; Staehelin Staatsverträge 585 bei N.156; BGE 102 Ia 311 E.4a.

44 Sträuli/Messmer N.9 zu § 302 ZPO; mit ihm Kaufmann-Kohler 242 N.218.

45 BGE 105 Ia 313 E.3c.

dungsbereich des kantonalen Anerkennungsrechts freisteht, die Vollstreckung ausländischer Entscheide von beliebig strengen Anforderungen abhängig zu machen, insbesondere die formrichtige Zustellung des Urteils zur Anerkennungsvoraussetzung zu erheben.

Im Anwendungsbereich des Bundesrechts verlangen nur gerade die Staatsverträge mit Frankreich, Belgien und Spanien (46) den Nachweis der Eröffnung des Entscheids. Für die übrigen Staatsverträge ist davon auszugehen, dass allein die erste, den Prozess einleitende Ladung oder Verfügung gehörig (47) zugestellt werden muss, nicht jedoch die folgenden Rechtschriften und auch nicht das Urteil selbst (48).

5.3.3. Verzicht auf Zustellung und ordre public

Die Tatsache, dass ein Urteil in Rechtskraft erwachsen kann, ohne dass es der unterlegenen Partei eröffnet wurde, diese hiervon vielleicht überhaupt nicht Kenntnis nehmen konnte, weckt für sich betrachtet schwerwiegende Bedenken (49). Das Verstreichen einer Rechtsmittelfrist, von der die Partei nichts weiss, gleicht einer Farce. Auch das Bundesgericht bekennt im obgenannten Entscheid (50) : "Ganz unbedenklich sind die amerikanischen Verfahrensvorschriften, nach denen die Zustellung des Urteils unterbleiben kann, unter dem Gesichtspunkt des ordre public nicht".

Andererseits ist festzustellen, dass das schweizerische Recht selbst Fälle kennt, in denen Entscheide ohne Kenntnis der Parteien in Rechtskraft erwachsen : gemäss Art. 38 der Bundeszivilprozessordnung (51) werden Bundesgerichtsurteile mit ihrer Fällung, nicht der Zustellung rechtskräftig. Auch die Ediktalzustellung an den säumigen Beklagten, der es unter-

46 Belgien 6 Abs.1 lit.c in fine; Frankreich 16 Abs.1 Ziff.2; Spanien 2 Ziff.2; ebenso GE 472D Abs.2.

47 In der völkerrechtlich vorgeschriebenen Weise, unten 7.1.

48 Staehelin Staatsverträge 585 bei N.156; BGE 102 Ia 311 E.4a.

49 Volken Konventionskonflikte 87f.

50 Im Entscheid vom 19.12.1979 in Sachen Warmbrunn gegen Geddes et al.; vgl. auch BGE 102 Ia 317, wo im Hinblick auf § 175 dtZPO die Rede ist von "gewissen Bedenken, die sich aus dem Rechtsschutzbedürfnis der betroffenen Parteien ergeben."

51 SR 273.

lässt, einen Zustellungsempfänger zu bezeichnen, ist in der Schweiz allgemein bekannt (52). Mit der Veröffentlichung im amtlichen Publikationsorgan gilt das Urteil als eröffnet, die Rechtsmittelfristen beginnen zu laufen und das Urteil erwächst bei unbenütztem Fristablauf in Rechtskraft, ungeachtet dessen, ob die Partei von der Veröffentlichung Kenntnis erhielt oder nicht (53). Nur gerade der gutgläubige Adressat, der unverschuldet vom Urteil keine Kenntnis erhielt, kann Wiederherstellung dieser Verwirkungsfrist verlangen.

Das Bundesgericht geht wohl zu Recht davon aus (54), dass ein Institut, das dem einheimischen Recht bekannt ist, einem ausländischen Gericht gegenüber nicht unter dem Titel des *ordre public* beanstandet werden kann und folgert hieraus - meines Erachtens zu Unrecht - der Verzicht auf Urteilszustellung verletze den schweizerischen *ordre public* nicht.

Der Eintritt der Rechtskraft ohne Rücksicht auf Eröffnung des Urteils ist dem schweizerischen Recht bloss für letztinstanzliche Entscheide bekannt (55), der Verzicht auf Zustellung - oder Ersatz durch Surrogate - nur in wenigen Ausnahmefällen zulässig (56). Im gleichen Umfang muss auch eine ausländische Regelung akzeptiert werden.

Hat der ausländische Verzicht auf Zustellung jedoch bewirkt, dass der Beklagte wegen fehlender Kenntnis des Entscheides allfälliger Rechtsbehelfe verlustig ging, die er bei Zustellung des Urteils hätte ergreifen können, ist meines Erachtens der Grundsatz des rechtlichen Gehörs (57) schwerwiegend verletzt, so dass der schweizerische *ordre public* eingreifen muss.

52 Vogel 9 N 16; ZH 30 : "Eine Partei, an die im Inland keine Zustellungen möglich sind, kann verpflichtet werden, in der Schweiz einen Zustellungsempfänger zu bezeichnen. Wenn sie der gerichtlichen Aufforderung nicht nachkommt, können die Zustellungen durch Veröffentlichung erfolgen oder mit der gleichen Wirkung unterbleiben."

53 Guldener ZPR 255.

54 BGE 102 Ia 316; 97 I 260.

55 ZH 190 Abs.1 : "Die Endentscheide eines endgültig entscheidenden Gerichtes werden mit der Fällung rechtskräftig."; vgl. Art. 38 Bundeszivilprozess (SR 273).

56 Etwa § 183 Abs.1 GVG ZH; vgl. Guldener ZPR 254 bei N.76.

57 Unten 9.3.5.

5.3.4. Zustellungssurrogate und ordre public

Die meisten ausländischen Zivilprozessrechte stehen gleich wie das schweizerische Recht auf dem Boden der obligatorischen Zustellung des Urteils. Aber auch diese Rechtsordnungen kommen nicht darum herum, in Ausnahmefällen - bei unbekanntem Aufenthalt des Beklagten oder bei dessen Säumnis - Zustellungssurrogate zuzulassen. Es ist abzuklären, unter welchen Voraussetzungen wir solche fiktiven Ersatzzustellungen akzeptieren müssen. Hierbei geht es ausschliesslich um eine Prüfung der Verträglichkeit mit unserem ordre public, da die formellrichtige bzw. tatsächliche Zustellung wie soeben dargestellt - zumindest nach herrschender Auffassung (58) - nicht Voraussetzung der Anerkennung ist.

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung halten vor dem inländischen ordre public stand : die Zustellung des Urteils durch Hinterlegung beim Urteilsgericht (59), öffentliche Bekanntmachung oder im Falle von Säumnis sogar der Verzicht auf Zustellung (60).

Eine fiktive Zustellung kann jedoch zum selben Ergebnis führen wie der gänzliche Verzicht auf Zustellung des Urteils. In Unkenntnis der Entscheidung hat die beschwerte Partei regelmässig keinen Anlass, Rechtsmittel zu ergreifen, so dass entsprechende Fristen unbenützt verstreichen und das Urteil in Rechtskraft erwächst. Das ausländische Prozessrecht wird die Rechtsmittelfristen regelmässig mit der Vornahme des Zustellungssurrogates beginnen lassen, was unserem Recht ebenfalls bekannt ist (61). Auch hier gilt der Grundsatz, dass wir dem ausländischen Gericht das gleiche Recht zustehen müssen, das wir selbst in Anspruch nehmen.

Ersatzzustellungen sind deshalb dann nicht zu beanstanden, wenn die Partei unbekannten Aufenthaltes ist (62) oder aber gehörig geladen wurde, sich jedoch der korrekten Zustellung

58 Stahelin Staatsverträge 585 bei N.157.

59 BGE 107 III 11ff; ZR 60 (1961) Nr.83 E.b S.173.

60 Unveröffentlichter Entscheid des Bundesgerichtes vom 19.12.1979 in Sachen Warmbrunn gegen Geddes, gestützt auf die Rule 77d Federal Rules of Civil Procedure der USA; vgl. oben 5.3.1.

61 Vgl. etwa § 179 Abs.2 GVG ZH.

62 § 183 Abs.1 GVG : "trotz sachdienlicher Nachforschungen".

weiterer Mitteilungen des Gerichtes widersetzt oder es unterlässt, trotz gesetzlicher Verpflichtung einen Zustellungsempfänger im (international zuständigen) Urteilsstaat zu benennen. Beachtliche Gründe sprechen nämlich dafür, dass eine, von einem international zuständigen Gericht regelrecht vorgeladene Partei in der Folge selbst dafür sorgen muss, dass sie die nachfolgenden Zustellungen des Prozessgerichts - insbesondere das Urteil selbst - erhält (63).

Bedenklich ist die Zulassung von Zustellungssurrogaten dann, wenn diese eine gutgläubige Partei trifft, die ohne eigenes Verschulden daran gehindert war, einen Zustellungsempfänger zu bezeichnen oder das Urteil selbst in Empfang zu nehmen. Kann dies nicht durch Institute wie Wiederherstellung der Frist (64) korrigiert werden, bleibt für ganz krasse Fälle die Anrufung des *ordre public* als Notbremse statthaft.

5.3.5.Völkerrechtswidrige Zustellungsformen

Die genannten Ersatzzustellungen berühren das Völkerrecht nicht. Wenn das ausländische Gericht das Urteil veröffentlicht oder zu Händen des Beklagten hinterlegt, so tut es dies innerhalb der eigenen Staatsgrenzen und verletzt die Souveränität des Zweitstaates nicht.

Anderes gilt, wenn das Urteil auf einem anderen als dem völkerrechtlich vorgesehenen Weg über die Staatsgrenzen hinweg zugestellt wird (65). Dies ist der Fall, wenn das Urteil dem Unterlegenen **per Post** zugestellt wird, sei es vom Gericht selbst, sei es von der obsiegenden Partei in dessen Auftrag. Auch die deutsche Zustellung durch Aufgabe zur Post gehört hierher, obwohl sie gemäss einer Fiktion des deutschen Prozessrechts als Zustellung im Inland verstanden wird. Es wird nämlich fingiert, die Zustellung gelte durch Übergabe an

63 Staelin Staatsverträge 585 bei N.156.

64 § 199 GVG ZH; vgl. die deutsche "Wiedereinsetzung in den vorigen Zustand" gemäss §§ 233ff dtZPO; das Haager Abkommen von 1958 betreffend Unterhaltsentscheidungen gegenüber Kindern sieht in Art.2 Ziff.2 Abs.2 ausdrücklich vor, dass ein Urteil dann nicht vollstreckt werden muss, wenn die (beklagte) Partei ohne ihr Verschulden vom Verfahren keine Kenntnis hatte oder sich in ihm nicht hat verteidigen können; vgl. hierzu BGE 97 I 256 E.5

65 Vgl. Guldener ZPR 253 bei N.74.

den Postbeamten im Urteilsstaat, nicht durch Aushändigung der Sendung an den Adressaten im Drittstaat als vollzogen (66). In Fortführung des Grundsatzes, dass es unter Umständen zulässig ist, auf Zustellung des Urteils ganz zu verzichten, könnte die Auffassung vertreten werden, dass eine völkerrechtswidrige Zustellung des Urteils nicht schadet. Dies ist auch die bisherige, von namhaften Autoren kritisierte (67) Haltung des Bundesgerichtes, welches sowohl die Zustellung durch gewöhnlichen Brief (68), durch Luftpost (69) wie auch durch "Aufgabe zur Post" (70) nicht beanstandet.

Die Kritiker (71) machen geltend, die Postzustellung sei in jedem Fall unstatthaft und verletze sowohl die schweizerische Gebietshoheit als auch wesentliche Parteirechte. Diese Kritik ist berechtigt. Meines Erachtens müssen wir zwar akzeptieren, wenn es das ausländische Prozessrecht einer ausserhalb des Urteilsstaates wohnhaften Partei zur Pflicht macht, einen Zustellungsempfänger zu bezeichnen (72). Auch ist nichts dagegen einzuwenden, wenn für den Säumnisfall angedroht wird, von einer Zustellung des Urteils abzusehen oder dieses zu veröffentlichen. Diese Verpflichtung muss der Partei jedoch auf dem völkerrechtlich vorgesehenen Wege (gemäss dem einschlägigen Staatsvertrag bzw. Völkergewohnheitsrecht) mitgeteilt werden (73). Kommt die Partei ihrer Verpflichtung nicht nach, kann auf die Zustellung verzichtet werden. Wird das Urteil dennoch zugestellt, so darf dies meines Erachtens ausschliesslich auf dem Rechtshilfeweg geschehen. Ein Urteil, das unter Verletzung des Völkerrechts zugestellt wurde, darf somit nicht vollstreckt werden.

66 Vgl. BGE 102 Ia 312 E.4b.

67 So Jörg P. Müller und Paul Volken; beide zitiert in Note 71.

68 BGE 102 Ia 308 E.5.

69 Unveröffentlichter BGE vom 19.12.1979 in Sachen United Financial Group c. Warmbrunn.

70 Gemäss § 175 dtZPO; hierzu BGE 102 Ia 309ff E.4b.

71 Jörg P. Müller in ZBJV 114 (1978) S.91ff als Kritik zu BGE 102 Ia 308; vgl. BGE 105 Ia 312 E.3b, wo die Rüge Müllers zwar vermerkt, die Frage jedoch offengelassen wird; Volken Rechtshilfe 452.

72 So etwa § 174 Abs.2 dtZPO; hierzu BGE 102 Ia 311 E.4b; 105 Ib 48; 97 I 250ff E.6c; vgl. Art. 29 Abs.4 OG.

73 Sträuli/Messmer, (einzige) Note zu § 30 ZPO; BGE 97 Ia 258; 96 I 398.

Um Missverständnisse zu vermeiden ist an dieser Stelle anzumerken, dass diese Sanktion bei Verletzung des Völkerrechts durch nicht gehörige Ladung unbestritten ist. So schliesst die Postzustellung der Ladung eine Vollstreckung ohne Zweifel aus (74). Die Kontroverse betrifft nur die nachfolgenden Zustellungen des Urteilsgerichtes, insbesondere Vorladungen zu Urteils- und Beweisverhandlungen und Zustellung des Endentscheides selbst.

5.4.Materielle Rechtskraft

5.4.1.Begriff

Materielle Rechtskraft bedeutet, dass das gefällte Urteil für spätere Prozesse der Parteien wie auch ihrer Rechtsnachfolger verbindlich ist (75). Insbesondere ist eine erneute identische - oder gegenteilige - Klage (76) ausgeschlossen (Einrede der abgeurteilten Sache, *res iudicata*). Die Anerkennung des ausländischen Urteils bewirkt in erster Linie, dass die materielle Rechtskraft auf das Inland erstreckt wird (77).

5.4.2.Verhältnis zur formellen Rechtskraft

Erwächst ein Sachurteil (78) in formelle Rechtskraft, so hat dies nach schweizerischer Auffassung automatisch zur Folge, dass es gleichzeitig auch materiell rechtskräftig wird (79). Man kann das Fehlen ordentlicher Rechtsmittel (formeller Aspekt) als Voraussetzung, die Verbindlichkeit *inter partes*

74 Unten 7.2. und 7.3.4. lit.d.

75 Statt vieler Vogel 8 N.65ff.

76 Vogel 8 N.68.

77 Martiny 224; Niedermann 56 N.85; Guldener IZPR 91 bei N.2; Perret 243; Schauwecker 32; Alexander 4; anderer Ansicht Kaufmann Tendenzen 363 bei N.4.

78 Nur diese können in materielle Rechtskraft erwachsen; Vogel 8 N 76; Walder ZPR 26 Rz 134; Sträuli/Messmer, N.21 zu § 191 ZPO; Guldener ZPR 381.

79 Sträuli/Messmer, N. 8 zu § 190 ZPO; Perret 243.

(materieller Aspekt) als Inhalt bzw. als Wirkung der Rechtskraft betrachten (80).

Ein zeitliches Auseinanderklaffen von formeller und materieller Rechtskraft ist dem schweizerischen Recht unbekannt und auch im Ausland nur ganz ausnahmsweise vorstellbar (81). Für diese Ausnahmefälle und für diejenigen Entscheide, die der materiellen Rechtskraft nicht fähig sind, ist zu fragen, welcher Aspekt für die Anerkennung und Vollstreckung entscheidend sein soll. Sowohl die Staatsverträge (82) wie auch das kantonale Recht (83) begnügen sich jedoch damit, schlicht "die Rechtskraft" vorauszusetzen, da eine Präzisierung nicht nötig scheint (84).

Für Entscheide, die der materiellen Rechtskraft fähig sind, muss gelten : ist der formell rechtskräftige Entscheid ausnahmsweise (noch) nicht auch materiell rechtskräftig, also nicht einmal inter partes verbindlich, so muss ihm doch wohl auch im Inland die materielle Rechtskraft aberkannt werden, da eine Anerkennung gegen den Grundsatz verstiesse, einem ausländischen Urteil nicht mehr Wirkungen beizumessen als es im Urteilsstaat selbst hat (85). Sinnvoll erscheint mir, auf der materiellen Rechtskraft zu beharren (86), die Beweislast aber umzukehren : der Vollstreckungskläger hat somit bloss die Rechtskraftbescheinigung des Urteilsgerichtes vorzulegen. Dem Vollstreckungsbeklagten bleibt der Nachweis offen, dass in diesem Fall der formell rechtskräftige Entscheid ausnahmsweise nicht in materielle Rechtskraft erwachsen ist. Dem Vollstreckungskläger ist nicht der Nachweis zuzumuten, dass

80 Niedermann 56 N.86; vgl. Perret 243.

81 Ein solches Beispiel bei Kallmann 19.

82 Frankreich 15; Italien 1 Ziff.3; Liechtenstein 1 Abs.1 Ziff.3; Österreich 1 Abs.1 Ziff.3; Schweden 4 Ziff.4; Tschechoslowakei 1 Ziff.3.

83 ZH 302 Abs.1; BE 401 Abs.1 Ziff.1; UR 295 Abs.2 lit.a; SZ 230 Abs.1; OW 295 Abs.2; NW 249 Abs.2; ZG 225 Abs.3 Ziff.1; FR 346 Abs.2 lit.a; SO 323 Abs.2 lit.a; BS 258 Abs.6 Ziff.3; SH 400 Ziff.1; AR 287 Abs.1; GR 291 Abs.2 Ziff.1; TI 510 lit.a; VS 383 Abs.2 Ziff.1; NE 501 Abs.1 : "définitif"; JU 394 Abs.2 Ziff.1.

84 Ebenso Staehelin 575; vgl. Perret 245.

85 Unten 11.3.1.; vgl. Riezler 531.

86 Gleicher Meinung Storck 25; Kallmann 19; SJZ 57 (1961) Nr.44; anderer Meinung Perret 253f; Staehelin Staatsverträge 575; Kaufmann Tendenzen 363; Martiny 227f; für das deutsch-schweizerische Verhältnis : Wolff 338.

der formell rechtskräftige Entscheid auch wirklich in materielle Rechtskraft erwachsen ist, da dies im Normalfall selbstverständlich ist.

Die Auswirkungen dieser Kontroverse sind - in Bezug auf Sachurteile - beschränkt. Da im allgemeinen schon die blossе Rechtshängigkeit genügt (87), um die Durchführung eines Zweitprozesses zu verhindern, ist die Frage irrelevant, ob noch die Einrede der Litispendenz oder schon der abgeurteilten Sache erhoben werden kann. Das formell rechtskräftige ausländische Urteil schliesst deshalb einen Zweitprozess im Inland auch dann aus, wenn es noch nicht in materielle Rechtskraft erwachsen ist.

Die Streitfrage hat hingegen Auswirkungen auf Entscheide, die ihrer Natur gemäss nicht in materielle Rechtskraft erwachsen können, nebst den Prozessurteilen und den prozessleitenden Entscheiden also insbesondere vorsorgliche Massnahmen.

Die beiden ersteren sind unbestrittenermassen von der Anerkennung und Vollstreckung ausgeschlossen (88). Die Vollstreckbarkeit ausländischer vorsorglicher Massnahmen ist - wie bereits ausgeführt - strittig. Nach der hier vertretenen Auffassung sind einstweilige Verfügungen mit Ausnahme familienrechtlicher Massnahmen nicht vollstreckbar (89), da eine Anordnung durch den zweitstaatlichen Massnahmerichter sinnvoller scheint. So gesehen kann gesagt werden, dass mit Ausnahme der familienrechtlichen Massnahmen die materielle Rechtskraft Voraussetzung der Anerkennung ist.

87 Unten 10.2.1.

88 Vgl. oben 3.1.2.

89 Oben 3.3.

5.5.Vollstreckbarkeit

5.5.1.Aufgeschobene Vollstreckbarkeit

Ein Leistungsurteil wird im Normalfall (90) zugleich mit seiner Rechtskraft auch vollstreckbar. Es gibt jedoch ausnahmsweise Urteile, die zwar rechtskräftig jedoch (noch) nicht vollstreckbar sind. Im schweizerischen Prozessrecht ist diese "aufgeschobene Vollstreckbarkeit" zwar äusserst selten, nicht jedoch völlig unbekannt (91). Es erscheint nicht sinnvoll, Urteile, die im Urteilsstaat selbst (noch) nicht vollstreckbar sind, nur deswegen zu vollstrecken, weil sie formell in Rechtskraft erwachsen sind. Die Rechtskraft kann nicht einziges Kriterium bleiben, es ist vielmehr zu fordern, dass das Urteil nach dem Recht des Urteilsstaates (auch) vollstreckbar ist (92). Die älteren Zivilprozessordnungen begnügen sich mit dem Erfordernis der Rechtskraft. Guldener's Standardwerk des IZPR führte noch aus : "Nicht verlangt wird von den schweizerischen Gesetzen, dass eine Entscheidung gemäss dem Recht des Urteilsgerichtes vollstreckbar sei. Indessen fehlt jeder zureichende Grund, die Vollstreckung im Inland zuzulassen, solange sie im Urteilsstaat selbst noch nicht möglich ist" (93). Diese Ueberlegung ist allgemeingültig, die kumulativen Voraussetzungen müssen somit in jedem Fall erfüllt sein, auch wenn die Vollstreckbarkeit nicht ausdrücklich genannt wird (94).

90 Sträuli/Messmer, N.2 zu § 300 ZPO; Guldener ZPR 617 bei N.9; Vogel 8 N.64; Liechti 46; Storck 65.

91 BE 397 I, SG 174.

92 Guldener IZPR 135 bei N.36; Kaufmann Tendenzen 364; Wolff 330; Geimer/ Schütze 1414 bei N.14; ausdrücklich : Italien 3 Abs.2; Liechtenstein 4 Abs.1; Tschechoslowakei 3 Abs.1; ebenso ZH 302 Abs.1; SZ 230 Abs.1; OW 295 Abs.1 lit.a; NW 249 Abs.2; AR 287 Abs.1; VD 507 Abs.2 lit.a; BGE 82 I 242 E.2a.

93 Guldener IZPR 98.

94 Sträuli/Messmer, N.9 zu § 302 ZPO; Guldener IZPR 98 und 134, Supplement 20; BGE 85 I 246.

5.5.2.Vorläufige Vollstreckbarkeit

Ist für die Vollstreckung von Leistungsurteilen die Vollstreckbarkeit im Urteilsstaat eine *conditio sine qua non*, so kann man sich fragen, ob auf das Erfordernis der Rechtskraft verzichtet werden könnte. Dies würde jedoch zum unerwünschten Ergebnis führen, dass auch bloss "vorläufig vollstreckbare" Urteile (95) vollstreckt werden müssten. Hierunter sind Endurteile (96) zu verstehen, die trotz Ergreifung eines ordentlichen Rechtsmittels im Urteilsstaat - meist gegen Kautions - bereits vollstreckbar sind. Angesichts der Schwierigkeiten bei einer allfälligen Rückleistung bei Obsiegen des Rechtsmittelklägers ist eine vorläufige Vollstreckbarkeit im Inland abzulehnen (97). Das schweizerische Vollstreckungsrecht kennt keine vorläufige Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung des Begünstigten (98). Vielmehr muss die Rechtskraft des Leistungsurteils abgewartet werden. Sind Veränderungen des Streitobjektes oder Vermögensverschiebungen zu Ungunsten der Gegenpartei zu befürchten, können zweitstaatliche vorsorgliche Massnahmen erwirkt werden (99).

5.5.3.Beweislast

Die formelle Rechtskraft eines Leistungsurteils beinhaltet vermutungsweise auch seine Vollstreckbarkeit (100). Auch wenn der Zusammenhang zwischen Rechtskraft und Vollstreckbarkeit nicht derart eng ist, wie derjenige zwischen formeller und materieller Rechtskraft, so ist in der Regel doch davon auszugehen, dass ein vollstreckungsfähiges rechtskräftiges

95 Kaufmann-Kohler 222; vgl. Geimer/Schütze 1128.

96 Im Gegensatz zu vorsorglichen Massnahmen.

97 Sträuli/Messmer, N.6 in fine zu § 300 und N.10 zu § 302 ZPO; Guldener ZPR 617; Niedermann 57 bei N.92; Storck 66; Staehelin Staatsverträge 575f; Martiny 228f; BGE 79 I 243; 53 I 222f; SJZ 1968 Nr.64 und Nr. 123; vgl. jedoch Geimer/Schütze 1415 bei N.18. Anderer Auffassung sind Keller/Siehr Lehren 631 bei N.19, welche die Möglichkeit einer Betreibung auf Sicherheitsleistung aber auch die Betreibung gegen Sicherheitsleistung vorschlagen.

98 Im Gegensatz zur Sicherheitsleistung bei vorsorglichen Massnahmen : ZH 227 Abs.1 oder zur Arrestkaution : Art.273 Abs.1 am Ende SchKG.

99 Insbesondere : Hinterlegung, Arrest, Verfügungsverbot; oben 3.3.2.

100 Guldener IZPR 135 N.36.

Urteil ohne weiteres vollstreckbar ist. Der Vollstreckungskläger muss meines Erachtens allein die Bescheinigung des Urteilsgerichtes vorlegen, dass das Urteil rechtskräftig ist (101). Dem Beklagten steht dann der Beweis offen, dass das Urteil in concreto trotz Eintritt der Rechtskraft (noch) nicht vollstreckbar ist. Das positive Recht verlangt jedoch bisweilen ausdrücklich, dass der Vollstreckungskläger die Vollstreckbarkeit nachzuweisen habe (102). Diese Bestimmungen sind selbstverständlich zu beachten, so dass die soeben formulierte Vermutung in jenen Fällen keine Anwendung finden kann. Das Bundesgericht hat jedoch auch schon festgehalten (103), dass das Fehlen einer staatsvertraglich geforderten Bescheinigung der Vollstreckbarkeit nicht ohne weiteres zur Verweigerung der Vollstreckung führt. Es genüge vielmehr, wenn sonstwie aus den Akten hervorgehe, dass das Urteil rechtskräftig und vollstreckbar sei (104).

101 Sträuli/Messmer, N.9 in fine zu § 302 ZPO; BGE 102 Ia 77; 97 I 256; ZR 57 (1958) Nr.153 und Nr. 158.

102 Belgien 6 Abs.1 lit.b; Italien 5 Abs.1 Ziff.2; Liechtenstein 5 Abs.1 Ziff.2; Österreich 6 Abs.1 Ziff.2; Spanien 2 Ziff.3; Tschechoslowakei 4 Ziff.2.

103 BGE 102 Ia 79 E.2 zu Belgien unter Hinweis auf BGE 53 I 219 und 39 I 624.

104 Hier kommt der allgemeine Grundsatz der freien Beweisführung zum Zuge, der für alle Anerkennungsvoraussetzungen gilt.

6. Zuständigkeit des Urteilsgerichtes

6.1. Grundsätzliches, Begriffe

Ausländische Urteile können nur dann anerkannt werden, wenn der Urteilsrichter aus unserer Sicht international zuständig war (1). Wesentlich ist, dass **unsere** Rechtsauffassung ausschlaggebend ist, das schweizerische Recht diese Frage beherrscht (2). Die internationale Zuständigkeit des Urteilsrichters kann sich hierbei aus den Gerichtsstandsvorschriften der von der Schweiz geschlossenen Staatsverträge, aus dem Gerichtsstandsrecht des autonomen Bundesrechts oder auch aus dem Prozessrecht des Anerkennungskantons ergeben. Ob sich der Urteilsrichter selbst zu Recht für kompetent hielt ist hingegen bedeutungslos (3).

Die Zuständigkeitsfrage ist die eigentliche Kardinalfrage jedes Anerkennungsverfahrens. Steht nämlich einmal fest, dass der Urteilsrichter gemäss den Grundsätzen unseres Gerichtsstandsrechts zur Entscheidung berufen war, sind wir bereit, sogar materielle Fehlentscheide wie auch prozessuale Fehler hinzunehmen.

-
- 1 Ausdrücklich : ZH 302 Abs.1; BE 401 Abs.2 Ziff.2; UR 295 Abs.2 lit.b; OW 295 Abs.2 lit.b; NW 249 Abs.2; ZG 225 Abs.3 Ziff.2; FR 346 Abs.2 lit.b; SO 323 Abs.2 lit.b; SH 400 Ziff.2; AR 287 Abs.1; GR 291 Abs.2 Ziff.2; TI 510 lit.b; VD 507 Abs.2 lit.b; VS 383 Abs.2 Ziff.2; JU 394 Abs.2 Ziff.2 sowie Belgien 1 Abs.1 lit.b; Deutschland 1; Italien 1 Ziff.1; Liechtenstein 1 Abs.1 Ziff.2; Schweden 4 Ziff.1; Spanien 6 Ziff.1; als Verweigerungsgrund formuliert : BS 258 Abs.6 Ziff.1; NE 505 lit.a; GE 472E lit.a; Frankreich 17 Ziff.1; Österreich 1 Abs.1 Ziff.1; Tschechoslowakei 1 Abs.1.
 - 2 Guldener IZPR 98; Guldener ZPR 619 N.20b; Kaufmann-Kohler 224 bei N.86; Alexander 8; ZBJV 68 (1932) 81 und 87; ausdrücklich ZH 302 Abs.1; BE 401 Abs.2 Ziff.2; FR 346b.
 - 3 Guldener IZPR 100 Ziff.3; Sträuli/Messmer, N.12 zu § 302 ZPO; Probst 58 bei N.2; Kaufmann-Kohler 224 bei N.87; Niedermann 77 bei N.156; Guldener ZPR 619 N.20a; Schauwecker 34 bei N.37; das Bundesgericht hat jedoch auch schon beidseitige Zuständigkeit verlangt : BGE 96 I 393f; ebenso SemJud 1972 346; Staehelin Staatsverträge 578.

6.1.1. Aufgabe der Zuständigkeitsregeln

Die Regeln über die internationale Zuständigkeit bezwecken die Abgrenzung konkurrierender Gerichtsbarkeiten (4). Harmonie wäre allerdings nur dann zu erreichen, wenn solche Regeln im Völkerrecht verankert wären oder aber überall auf der Welt identischen Inhalt aufwiesen (5). Dem ist keineswegs so. Der einzige unbestrittene diesbezügliche Grundsatz des Völkerrechts besagt, dass jeder Staat die Zuständigkeit seiner Gerichte selbst bestimmen kann. Dies kann zu positiven wie auch negativen Kompetenzkonflikten führen (6). Das Gerichtsstandsrecht reicht von der amerikanischen "Long-arm-jurisdiction" (7) bis zur engen Garantie des Wohnsitzrichters für "persönliche Ansprachen" in Art. 59 BV. Aus diesem Auseinanderklaffen der Gerichtsstandsregeln von Staat zu Staat ergeben sich aber für das Vollstreckungsrecht grösste Schwierigkeiten, da diese Regeln regelmässig nicht nur bei der "direkten" Zuständigkeit (8), sondern auch bei der Beurteilung der Kompetenz eines ausländischen Gerichts im Rahmen des Anerkennungsverfahrens - der Prüfung der "indirekten Zuständigkeit" - Anwendung finden.

6.1.2. Zuständigkeit aus der Sicht des Urteilsstaates

Das Urteilsgericht hat seine lex fori anzuwenden und sich für zuständig zu erklären, wenn sein internes Recht dies vorsieht (9). Der Urteilsrichter kann und darf sich bei der Zuständigkeitsfrage nicht von Rücksichten auf spätere Anerkennung oder Vollstreckung seines Urteils im Ausland leiten lassen. In aller Regel ist ohnehin nicht mit Sicherheit voraussehbar, ob und in welchen Ländern das Urteil später Beachtung finden soll. Stützt sich die Zuständigkeit allerdings auf einen

4 Keller/Siehr Einführung 54.

5 Guldener IZPR 29 und 99.

6 Vgl. Guldener IZPR 79.

7 Etwa der Gerichtsstand des "transacting business"; Kaufmann-Kohler 235ff; vgl. Schnyder Zuständigkeit 50ff.

8 Unten 6.2.3.; vgl. Kaufmann-Kohler 369ff.

9 Diese Zuständigkeit kann sich auch aus einem Staatsvertrag über den Gerichtsstand ergeben, nicht jedoch aus einem solchen über die Vollstreckung; letzterer regelt die indirekte Zuständigkeit; Liechti 36.

ungewöhnlichen Gerichtsstand, der im Ausland in der Regel nicht anerkannt wird, besteht natürlich die Gefahr, dass die Entscheidung nur gerade im Urteilsstaat selbst Wirkungen haben wird (10). Ein solcher Gerichtsstand ist etwa das forum arresti. Ein Prosequierungsurteil am schweizerischen Arrestort (11) findet regelmässig nur in der inländischen Betreuung Beachtung, nicht jedoch ausserhalb unserer Grenzen.

6.1.3. Zuständigkeit aus der Sicht des Anerkennungsstaates

Der Anerkennungsstaat möchte in erster Linie verhindern, dass ausländische Urteile ergehen, wenn er selbst die ausschliessliche Zuständigkeit beansprucht. Im schweizerischen Recht ist dies sehr selten (12). In zweiter Linie geht es darum, den Beklagten vor unzumutbaren Foren zu schützen (13). Als "zumutbar" erscheinen aus zweitstaatlicher Sicht nur diejenigen Gerichtsstände, die auch innerstaatlich Anwendung gefunden hätten (14). Der Beklagte muss sich auf eine Forderungsklage an seinem Wohnsitz einlassen, wohne er nun im Inland oder im Ausland. Wie es im interkantonalen Verhältnis genügt, dass ein Gericht des Wohnsitzkantons - nicht unbedingt der Wohnsitzgemeinde - entschied, so muss im internationalen Verhältnis genügen, dass ein Gericht des Wohnsitzstaates - nicht unbedingt dasjenige am tatsächlichen Wohnsitz - geurteilt hatte (15).

10 Guldener IZPR 34.

11 ZH 9 Abs.2; Guldener IZPR 101 bei N.50 und 51; vgl. Art.4 IPRG und Botschaft 299f.

12 Zusammenstellung bei Walder 7 Rz 40ff.

13 Geimer/Schütze 1549 bei N.68.

14 De lege lata werden die beiden Zuständigkeiten - gesetzestechnisch - nicht unterschieden, Guldener IZPR 31 Ziff.IV.

15 Guldener IZPR 99 bei N.43; Kaufmann-Kohler 224 bei N.88; Strehler 34; Sträuli/Messmer, N. 12 zu § 302 ZPO; Guldener ZPR 619 N.20a; Probst 57 bei N.1; BJM 1956 167; ZR 76 (1977) 14f; ZR 78 (1979) Nr.51 = SJZ 76 (1980) Nr.44; Raape/Sturm 352; Martiny 303 bei N.1950 spricht von "abstrakter Zuständigkeit"; ebenso Alexander 9; vgl. von Overbeck 308ff.

6.1.4. Zuständigkeit aus der Sicht der Parteien

Weichen die Gerichtsstandsregeln des Urteilsstaates von denjenigen der potentiellen Anerkennungsstaaten ab, geraten sowohl Kläger wie auch Beklagter in ein Dilemma. Eine Klage kann in diesem Fall zu einer Entscheidung im Urteilsstaat, nicht jedoch im Zweitstaat führen. So wird sich der Arrestprosequierungskläger überlegen müssen, ob er nicht besser am Wohnsitz des Schuldners statt am Arrestort klagt und so eine universelle Anerkennung des Urteils - innerhalb und ausserhalb des Arrestverfahrens - erreicht (16).

Dem Beklagten geht es nicht wesentlich besser. Für ihn steht zwar fest, dass das Urteil im Zweitstaat nicht anerkannt werden wird, so dass er sich auf das Prozessverfahren gar nicht einlassen müsste. Andererseits kann schon die Vollstreckung im Urteilsstaat selbst schmerzlich genug sein, so dass er am Verfahren doch mitwirken wird, um die üblichen Säumnisfolgen (17) - Anerkennung der Klagegründe und Verzicht auf Einreden - zu vermeiden.

6.1.5. Gerichtsbarkeit

Insbesondere die deutsche Lehre (18) unterscheidet zwischen Gerichtsbarkeit und Zuständigkeit. Unter Gerichtsbarkeit wird die völkerrechtliche Befugnis verstanden, die Gerichtshoheit einschliesslich des Gerichtszwanges ausüben zu dürfen. Die Frage nach der Gerichtsbarkeit fällt in der Praxis zusammen mit der nach den Ausnahmen. Der Gerichtsbarkeit entzogen sind nämlich die sogenannten "Gerichtsfreien", also Personen, welche diplomatische Privilegien geniessen (19). Die wohl

16 Dies ist jedoch häufig mit anderen Nachteilen verbunden, unten 11.5.3.

17 ZH 129-131; vgl. Sträuli/Messmer, N.5-8 zu § 129 ZPO.

18 Geimer/Schütze 1484ff; Geimer Prüfung 67 mit Nachweisen; Martiny 76 und 261; aber auch Probst 56; Kallmann 22ff; Keller/Siehr Einführung 54 unten.

19 Wiener Übereinkommen über diplomatische und konsularische Beziehungen; SR 0.191.01 bzw. 0.191.02; vgl. auch Niedermann 54 bei N. 76; eine Verletzung dieser Privilegien führt zur Nichtanerkennung des Urteils; BGE 111 Ia 52 und 62; Detlev F. Vagts, the scope of application and enforcement of US laws, im WuR-Sonderheft 2/3 1983; vgl. oben 2.1.3.

herrschende schweizerische Auffassung betrachtet die Gerichtsbarkeit als Teil der internationalen Zuständigkeit und gebraucht die beiden Begriffe synonym (20). Im folgenden wird auf die Gerichtsbarkeit nicht weiter eingegangen, sie wird als Teilaspekt der internationalen Zuständigkeit betrachtet.

6.2.Direkte und indirekte internationale Zuständigkeit

Die direkte Zuständigkeit bestimmt, wann ein schweizerisches Gericht zur Entscheidung einer Klage berufen ist und wann nicht. Im Gegensatz hierzu bestimmt die "indirekte" oder "Anerkennungszuständigkeit", in welchen Fällen wir bereit sind, die Zuständigkeit eines ausländischen Gerichtes zu akzeptieren. Beides sind "internationale Zuständigkeiten". Für das Anerkennungsrecht steht die zweite Frage im Vordergrund, die sogenannte "indirekte Zuständigkeit".

Der Gesetzgeber des Zweitstaates ist frei, die innerstaatliche, die direkte sowie die indirekte internationale Zuständigkeit je verschieden zu normieren und er tut dies auch (21). Dennoch ergeben sich naturgemäss zahlreiche Gemeinsamkeiten.

6.2.1.Innerstaatliches Gerichtsstandsrecht

Grundsätzlich sind die kantonalen Zivilprozessordnungen berufen, die Zuständigkeit ihrer Gerichte zu normieren. Alle Kantone gehen dabei vom allgemeinen, "natürlichen" Gerichtsstand am Wohnsitz bzw. Sitz des Beklagten aus und statuieren einige spezielle Gerichtsstände (22), etwa den Ort der Niederlassung, des Belegenheitsortes des Grundstücks und der beweglichen Sache, des Betreibungs- oder Arrestortes, der Prorogation oder der vorbehaltlosen Einlassung.

20 Guldener IZPR 29; Sträuli/Messmer, N.12 zu § 302 ZPO; Strehler 34; Schnyder Zuständigkeit 47; von Overbeck 308f.

21 So wird das forum arresti nur als Gerichtsstand schweizerischer Gerichte anerkannt : direkte und indirekte Zuständigkeit klaffen auseinander.

22 Etwa ZH 2 einerseits und ZH 3-15 andererseits; vgl. Vogel 4 Rz 25-91.

Das Bundesrecht hat eine stattliche Anzahl bundesrechtlicher Gerichtsstandsvorschriften aufgestellt, so im ZGB, OR, SchKG und einigen weiteren Bundesgesetzen. Diese müssen von den Kantonen beachtet werden. Für unser Gebiet von besonderer Bedeutung ist etwa der Gerichtsstand der Zweigniederlassung (23), des Arbeitsortes (24), des Begehungsortes bei immaterialgüterrechtlichen Klagen (25) oder des Sitzes der AG bei Verantwortlichkeitsklagen (26). Eine weitere wichtige Bestimmung des Bundesrechts ist die verfassungsmässige Garantie des Wohnsitzrichters (27).

6.2.2.Direkte internationale Zuständigkeit

Hat ein schweizerisches Gericht seine Zuständigkeit zu prüfen, so spielte es bisher hinsichtlich des anwendbaren Gerichtsstandsrechts nur selten (28) eine Rolle, ob der Sachverhalt international war oder nicht. Die kantonalen Zivilprozessordnungen unterschieden die innerstaatliche nicht von der (direkten) internationalen Zuständigkeit (29). Vielmehr wurden - mangels ausdrücklicher Regelung - die innerstaatlichen Zuständigkeitsregeln analog auch auf internationale Sachverhalte angewandt (30). Der zürcherische Wohnsitz des Beklagten begründete sowohl die internationale Zuständigkeit der Schweiz wie auch die interkantonale Zuständigkeit der zürcherischen Gerichte. Das IPRG enthält nun eine abschliessende einheitliche Regelung der internationalen Zuständigkeit schweizerischer Gerichte (31).

23 Art. 642 Abs.3; 764 Abs.2; 782 Abs.3 und 837 Abs.3 OR.

24 Art.343 Abs.1 und 355 OR.

25 Etwa Art.75 Abs.1 lit.a PatG oder auch Art.5 Abs.1 UWG.

26 Art. 761; 764 Abs.2 und 827 OR.

27 Art.59 BV; hierzu unten 6.3.

28 Unter dem Vorbehalt der Gerichtsstandsverträge (nicht der Vollstreckungsverträge) des Bundes, die abweichende (direkte) Gerichtsstände vorschreiben können; vgl. Liechti 36.

29 Zum Begriff vgl. Geimer/Schütze 1494ff; Martiny 290.

30 Keller/Siehr Einführung 55 bei N.60.

31 Art.2-8 IPRG und zu Beginn jedes thematischen Abschnittes, bsp. Art.41, 44 oder 49 IPRG; von Overbeck 308.

6.2.3. Indirekte Zuständigkeit

Grundsätzlich gilt, dass die indirekte internationale Zuständigkeit den selben Regeln folgt wie die direkte. Mit anderen Worten : die Frage, ob wir einen von einem ausländischen Gericht beanspruchten Gerichtsstand (32) anerkennen, wird nach den selben Regeln entschieden, nach denen wir die eigene, internationale Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte beurteilt hätten. Dieser Zusammenhang wird als "**Spiegelbildprinzip**" bezeichnet (33). Der Grundsatz erleidet allerdings Ausnahmen. So werden ausserordentliche Zuständigkeiten wie der Gerichtsstand des Arrestortes nicht anerkannt (34). Auch dann, wenn die Schweiz eine ausschliessliche Zuständigkeit beansprucht, kann das ausländische Urteilsgericht nicht als kompetent betrachtet werden, mag die von ihm in Anspruch genommene Zuständigkeit im übrigen auch mit unserem Recht harmonisieren (35).

Schliesslich ist zu beachten, dass den Regeln des autonomen Rechts die **Staatsverträge** über Gerichtsstand oder Vollstreckung vorgehen (36). Insbesondere die Vollstreckungsverträge normieren einzelne anzuerkennende Gerichtsstände. Nebst dem natürlichen Gerichtsstand am Wohnsitz - oder der *résidence habituelle* (37) - des Beklagten (38) sind dies regelmässig das *forum prorogatum*, der Gerichtsstand der Einlassung und der konnexen Widerklage (39), bisweilen auch die Gerichts-

32 Es geht immer nur um die örtliche Zuständigkeit. Ob das ausländische Gericht sachlich und funktionell zuständig war, wird hingegen nicht nachgeprüft; Guldener IZPR 98 N.38.

33 Guldener IZPR 98f; Kaufmann-Kohler 225 bei N.91; Staehelin 578; Rosenberg/Schwab 954 bei N.10; Schweden 5 Abs.2; vgl. auch Sträuli/Messmer, N. 12 zu § 302 ZPO; abgelehnt von Keller/Siehr Lehren 622.

34 Stauffer Staatsverträge 10.

35 Guldener IZPR 98 bei N.40; Schnitzer 907; Guldener ZPR 619 N.20c; BGE 96 I 387 E.3; ausdrücklich : Belgien 2 Abs.2; Deutschland 1 in fine; Italien 2 Abs.2; Liechtenstein 2 Abs.2; Österreich 1 Abs.1 Ziff.1.

36 Zum Kollisionsrecht oben 2.4.; Guldener IZPR 101 bei N.52.

37 Belgien 2 Abs.1 bei Fehlen eines Wohnsitzes in den Vertragsstaaten.

38 Belgien 2 Abs.1 lit.a; Deutschland 2 Abs.1 Ziff.1; Frankreich 1 Abs.1; Italien 2 Abs.1 Ziff.1; Liechtenstein 2 Abs.1; Schweden 5.

39 Zur Prorogation 6.4.; Einlassung 6.5.; Widerklage 6.6.

stände der Zweigniederlassung (40), des Unfallortes (41), der Heimat (42), des letzten Wohnsitzes des Erblassers (43) oder - zumindest für Klagen über Grundstücke - das *forum rei sitae* (44).

6.2.4. Ausschliessliche und zwingende Gerichtsstände

Die Zuständigkeit des ausländischen Urteilsgerichtes wird nicht anerkannt, wenn dadurch ein ausschliesslicher Gerichtsstand des schweizerischen Rechts (45) oder die Garantie des Wohnsitzrichters verletzt würde oder wenn die Zuständigkeit aufgrund von Prorogation oder vorbehaltloser Einlassung besteht, dies jedoch einem zwingenden schweizerischen Gerichtsstand widerspricht (46).

Dadurch wird etwa die Scheidung von Schweizern vor einem prorogierten Auslandgericht verhindert oder die Schadenersatzklage am Begehungsort, sofern sie sich gegen einen aufrechtstehenden Schuldner mit Wohnsitz in der Schweiz richtet. Die für das internationale Handelsrecht besonders wichtigen Gerichtsstände des Wohnsitzes oder Sitzes, der Prorogation, der vorbehaltlosen Einlassung und der Widerklage werden in den folgenden Kapiteln ausführlich dargestellt.

40 Belgien 2 Abs.1 lit.e; Deutschland 2 Abs.1 Ziff.4; Italien 2 Abs.1 Ziff.3; Liechtenstein 2 Abs.1 Ziff.2; Österreich 2 Abs.2 Ziff.4; Schweden 5 Abs.1 Ziff.5; Tschechoslowakei 2 Abs.3.

41 Belgien 2 Abs.1 lit.f; Frankreich 1 Abs.4; Liechtenstein 2 Abs.1 Ziff.4; Österreich 3; Schweden 5 Abs.1 Ziff.7; zur Problematik insbesondere bei Skiunfällen : Kaufmann Tendenzen 375ff.

42 Belgien 2 Abs.1 lit.i; Frankreich 10; Italien 2 Abs.1 Ziff.5; Liechtenstein 2 Abs.1 Ziff.6.

43 Belgien 2 Abs.1 lit.g; Frankreich 9; Italien 2 Abs.1 Ziff.6.

44 Belgien 2 Abs.1 lit.h; Frankreich 4; Italien 2; Liechtenstein 2.

45 Guldener IZPR 98 bei N.40 und 137 Ziff.1b; ebenso Martiny 58.

46 "Als ausschliesslich werden jene Gerichtsstände bezeichnet, neben denen kein anderer (wie z.B. der ordentliche Gerichtsstand am Wohnsitz des Beklagten) zur Verfügung steht. Zwingend sind jene Gerichtsstände, die nicht auf dem Wege der Vereinbarung der Parteien oder durch vorbehaltlose Einlassung durch einen anderen ersetzt werden können" (Walder ZPR 7 Rz 40 N 53).

6.2.5. Verschiedene Lehrmeinungen

Die herrschende Lehre geht vom soeben beschriebenen "Spiegelbildprinzip" aus (47). Die Zuständigkeit des ausländischen Gerichtes muss sich positiv auf eine Zuständigkeitsregel des schweizerischen Gerichtsstandsrechts abstützen können.

Eine Minderheitsmeinung (48) lässt es genügen, wenn keine ausschliessliche schweizerische Zuständigkeit verletzt worden ist. Letzteres ist abzulehnen. Der Schutz des Beklagten verlangt, dass die schweizerischen Gerichtsstandsbestimmungen respektiert werden. So kann ein New Yorker Urteil gegen einen Beklagten mit Wohnsitz in Liechtenstein, das sich auf den amerikanischen Gerichtsstand des "transacting business" (49) stützt, in der Schweiz nicht anerkannt werden, auch wenn dadurch kein ausschliesslicher schweizerischer Gerichtsstand verletzt würde (50). Neben dem berechtigten Schutz des Beklagten vor unzumutbaren Foren (51) ist auch das staatliche Interesse an der Respektierung allgemein anerkannter Kompetenzabgrenzungen - Schutz vor Rechtsimperialismus - zu beachten (52). Das IPRG sieht das Spiegelbildprinzip in Art. 24 lit. a ausdrücklich vor, normiert jedoch Ausnahmen mit Rücksicht auf Art. 59 BV (53).

6.3. Die Gerichtsstandsgarantie des Art. 59 BV

6.3.1. Garantie des Wohnsitzrichters im allgemeinen

Art. 59 BV bestimmt, dass der aufrechtstehende Schuldner mit (festem) Wohnsitz in der Schweiz für persönliche Ansprachen

-
- 47 Sträuli/Messmer, N.12 zu § 302 ZPO; vgl. Schauwecker 34; Alexander 8; von Overbeck 308.
- 48 Die jedoch gemäss BGE 96 I 387 E.3 und Kaufmann-Kohler 225 stärker zu werden scheint.
- 49 Kaufmann-Kohler 237.
- 50 Der Beklagte mit Wohnsitz im Ausland kann sich ja auf Art. 59 BV nicht berufen.
- 51 Hierzu Geimer/Schütze 1549 bei N.168.
- 52 Anderer Ansicht - zumindest für das Anwendungsgebiet der Staatsverträge - sind Guldener IZPR 138 und Martiny 294 bei N.1898.
- 53 Art. 145 Abs. 2 lit. a-f; Botschaft 328; Martiny 283.

vor dem Richter seines Wohnsitzes gesucht werden muss (54). Voraussetzungen dieses Privilegs sind also :

a) aufrechtstehender Schuldner

"Aufrechtstehend" ist gleichbedeutend mit zahlungsfähig (55) und bedeutet, dass über den Schuldner weder der Konkurs eröffnet noch Verlustschein ausgestellt noch eine Nachlassstundung bewilligt worden sind. Wegen der Territorialität des Konkurses sind nur schweizerische Betreibungs- und Konkursverfahren zu berücksichtigen (56).

b) Wohnsitz in der Schweiz

Der Schuldner mit ausländischem Wohnsitz kommt nicht in den Genuss der Gerichtsstandsgarantie. So steht Art.59 BV der Vollstreckung eines amerikanischen Urteils gegen eine liechtensteinische Gesellschaft in ihr schweizerisches Bankkonto nicht entgegen.

Der Wohnsitz richtet sich hierbei nach dem schweizerischen Recht (57), also sinngemäss (58) nach den Grundsätzen der Art.23ff ZGB, wobei weder abgeleitete noch perpetuierte Wohnsitze des ZGB (59) Anwendung finden können (60). Der Beklagte, der seinen Wohnsitz aufgegeben und noch keinen neuen begründet hat, kann sich also trotz der Fiktion des Art.24 Abs.1 ZGB nicht auf Art.59 BV berufen. Wegen der auch im internationalen Verhältnis zu beachtenden perpetuatio fori (61) sind die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit

54 Vgl. hierzu Hess passim und das Gutachten der Justizabteilung in VPB 37 (1973) Nr.32 S.1ff; Kaufmann Tendenzen 369ff.

55 Guldener IZPR 78; Walder 7 Rz 8 lit.b; Hess 37f.

56 Oben 4.4.1.

57 Die Regeln des Zivilgesetzbuches sind im Anerkennungsrecht nicht direkt anwendbar.

58 Dies kann zu Kollisionen mit dem Wohnsitzbegriff der Vollstreckungsverträge führen, da sich letzterer nach der lex fori richtet, BJM 1956 166 E.2; Guldener IZPR 168f.

59 Art.24 Abs.1 und Art.25 ZGB.

60 Sträuli/Messmer, N.4a zu § 2 ZPO; Hess 42; anderer Ansicht Guldener IZPR 71 bei N.212.

61 ZH 16; Guldener IZPR 34 und 49 bei N.71.

im ausländischen Urteilsverfahren, nicht im Anerkennungsverfahren massgeblich (62).

c)persönliche Ansprache

Die Bundesverfassung garantiert den Wohnsitzrichter nur für obligatorische - schuldrechtliche - Klagen, nicht für solche aus Personen-, Familien-, Erb- oder Sachenrecht (63).

6.3.2.Art.59 BV im Anerkennungsrecht

Die Garantie des Wohnsitzrichters hatte in erster Linie interkantonale Bedeutung. Soll dem zahlungsfähigen Schuldner der Gerichtsstand seines Wohnsitzes garantiert werden, so muss aber nicht nur jedes ausserkantonale sondern erst recht jedes ausländische Urteil ausgeschlossen sein (64). Eine "persönliche Ansprache" vor einem ausländischen Gericht gegen einen zahlungsfähigen Beklagten mit Wohnsitz in der Schweiz verletzt somit diese verfassungsmässige Garantie (65) und darf deshalb weder anerkannt noch vollstreckt werden (66). Art.59 BV ist bei der Anerkennung ausländischer Urteile in Handelssachen von allergrösster Bedeutung.

6.3.3.Verhältnis zu den Staatsverträgen des Bundes

Die Vollstreckungsverträge des Bundes (67) enthalten Bestimmungen über die internationale Zuständigkeit. Solche staatsvertraglichen Gerichtsstände gehen der Gerichtsstandsgarantie vor. Art.59 BV findet nur soweit Anwendung, als der Staats-

62 Guldener IZPR 49 bei N.71; Belgien 2 Abs.1 lit.a; Deutschland 2 Abs.1 Ziff.1; Geimer/Schütze 1555; Martiny 350.

63 Guldener IZPR 73; Hess 44f; Walder ZPR 7 Rz 8.

64 Hess 86 mit Nachweisen; Kaufmann Tendenzen 370; Guldener ZPR 619 N.20c.

65 H.U.Walder-Bohner, Zur Geschichte der Zuständigkeitsbestimmungen im OR, in Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Freiburg 1982, 179ff, hat nachgewiesen, dass sich Art.59 BV nur an die Kantone richtet; vgl. auch VPB 1973 Nr. 32 S.10.

66 Gutachten der Justizabteilung in VPB 1973 Nr. 32 S.4.

67 Oben 6.1.; Note 1.

vertrag selbst darauf Rücksicht nimmt (68). Dies hängt damit zusammen, dass ein Staatsvertrag des Bundes einem Bundesgesetz gleichgestellt ist und wegen Art.113 Abs.3 BV (69) nicht auf seine Verfassungsmässigkeit überprüft werden darf. Art.59 BV beschränkt die Zuständigkeit der Kantone einerseits sowie ausländischer Gerichte andererseits, bietet jedoch keinen Schutz gegen bundesrechtliche Normen über die direkte Zuständigkeit wie auch die in den Staatsverträgen anerkannten indirekten Zuständigkeiten.

6.3.4. Verhältnis zum autonomen Bundesrecht

Was gilt jedoch, wenn eine Norm des autonomen Bundesrechts aufgrund des Spiegelbildprinzips die indirekte Zuständigkeit begründet ? Unbestritten ist die Rechtslage bei den Gerichtsständen der Prorogation, der vorbehaltlosen Einlassung, des gewählten Spezialdomizils, und der (konnexen) Widerklage (70). In diesen Fällen verzichtet nämlich der Beklagte auf den Schutz des Art.59 BV. Dies gilt im internationalen Verhältnis so gut wie im interkantonalen. Ausserdem können notwendige Streitgenossen vor einem einzigen Gericht eingeklagt werden, ohne dass sich einzelne auf Art.59 BV berufen könnten, wenn das materielle Recht die Durchführung eines einheitlichen Prozesses gegen alle Streitgenossen gemeinsam gebietet (71). Umstritten ist hingegen, was bei den übrigen Gerichtsständen des Bundesrechts gelten soll, insbesondere bei den zahlreichen in Spezialgesetzen vorgesehenen Zuständigkeitsvorschriften (72).

Soll sich der beklagte schweizerische Verwaltungsrat auf die Garantie des Wohnsitzrichters berufen können, wenn ein Urteil

68 BGE 102 Ia 406 E.1; 93 I 270 E.2b; 81 I 57 E.2; 80 I 203; ausdrücklich : Österreich 2 Abs.1; Tschechoslowakei 2 Abs.1; vgl. Hess 90; Kaufmann Tendenzen 373; Schnitzer 904; vgl. VPB 1973 Nr. 32 S.5.

69 Zur Kollision von Staatsverträgen und Verfassungsrecht : Häfelin/Haller 310.

70 Guldener IZPR 74ff; Vogel 4 Rz 43.

71 Guldener IZPR 72 N.216; Kaufmann-Kohler 226; ZR 77 (1978) 225; Vogel 4 Rz 44; BGE 69 I 5.

72 Zusammenstellung bei Walder 7 Rz 42; Botschaft 268; VPB 1973 Nr. 32 S.6f; Kaufmann Tendenzen 372 spricht von "Verfallsprozess von Art.59 BV".

des Gerichtes am ausländischen Sitz der Aktiengesellschaft in der Schweiz geltend gemacht wird, welches Ansprüche aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit zuspricht (73) ? Im interkantonalen Verhältnis geht der Gerichtsstand des Sitzes der Aktiengesellschaft gemäss Art. 761 OR der Gerichtsstands-garantie vor. Soll dies auch im internationalen Verhältnis gelten? Das ausländische Gericht, das seinen Gerichtsstand des Sitzes in Anspruch nimmt, verletzt die verfassungsmässige Garantie des Wohnsitzrichters, indem es seine eigene lex fori - nicht etwa Bundesrecht - anwendet. Art. 113 Abs. 3 BV, der die Bundesgesetze von der Verfassungsgerichtsbarkeit ausnimmt (74), ist auf dieses ausländische Gerichtsstandsrecht nicht anwendbar, so dass eine Verletzung der Bundesverfassung nicht hingenommen werden muss : Anerkennung muss meines Erachtens verweigert werden (75).

Die wohl herrschende Lehrmeinung (76) vertritt allerdings die gegensätzliche Ansicht : eine Berufung auf Art.59 BV soll auch gegenüber einem ausländischen Urteil dann nicht möglich sein, wenn die Bundesgesetzgebung für die betreffende Klage das Wohnsitzprinzip durchbrochen hat. Besteht also ein bundesrechtlicher Gerichtsstand, der (interkantonal) Art.59 BV derogiert, so kann auch das Urteil eines ausländischen Gerichtes, das demgemäss zuständig wäre, die Garantie des Wohnsitzrichters nicht verletzen.

Das IPRG entscheidet diese Streitfrage, indem es nur gerade zwei Ausnahmen von der Gerichtsstandsgarantie zulässt. So kann der Konsument an seinem Wohnsitz klagen (77), der im Ausland wohnende Arbeitnehmer am Arbeits- oder Betriebsort (78), ohne dass sich der Beklagte auf Art.59 BV berufen könn-

73 Soweit ersichtlich ist die Frage der bundesrechtlichen Gerichtsstände nur im Strassenverkehrsrecht positiv geregelt; Art.85 SVG lässt für Unfälle im Ausland wahlweise den Gerichtsstand des - ausländischen - Unfallortes zu; hierzu VPB 1973 Nr. 32 S.9f; Botschaft zum SVG in BBl 1955 II lff.

74 Vgl. Walder ZPR 7 Rz 10 mit zahlreichen Hinweisen in N.12.

75 Gleicher Meinung Otto Coninx, Die Bedeutung der Wohnsitzgarantie von Art.59 BV im internationalen Rechtsverkehr, Diss. Zürich 1942, S.38; zweifelnd VPB 1966/1967 Nr.75, S.109.

76 Guldener IZPR 74.

77 Art.145 Abs.2 lit.b IPRG; vgl. von Overbeck 314f.

78 Art.145 Abs.2 lit.c IPRG.

te. In allen übrigen Fällen steht Art.59 BV einer schuldrechtlichen Klage entgegen. Das IPRG bestätigt diesen Grundsatz, indem es den Erfüllungsort und den Handlungs- oder Erfolgsort für Klagen aus ungerechtfertigter Bereicherung oder unerlaubter Handlung nur dann anerkennt, wenn der Beklagte keinen festen Wohnsitz in der Schweiz hat (79).

6.4.Prorogation

6.4.1.Prorogationsvertrag

Die Prorogation - oder der Gerichtsstandsvertrag - ist ein prozessrechtlicher Vertrag (80), in dem sich die Parteien einigen, einen möglichen Rechtsstreit vor ein bestimmtes Gericht ohne Rücksicht auf dessen Zuständigkeit zu bringen. Der Abschluss eines gültigen Prorogationsvertrages begründet nach schweizerischer Auffassung einen Gerichtsstand auch im internationalen Verhältnis (81). Das Urteil des prorogierten - an sich unzuständigen - Gerichtes ist dann anzuerkennen, wenn die Prorogation aus unserer Sicht gültig und zulässig war. Andererseits wird durch die Prorogation die ordentliche Zuständigkeit derogiert, ausser es sei etwas anderes vereinbart worden. Das IPRG (82) vermutet im Gegensatz zum bisherigen Recht (83) die Ausschliesslichkeit des prorogierten Gerichtsstandes. Dies kann zu Schwierigkeiten führen, wenn das prorogierte Gericht die Klage nicht annimmt (84). Auch im internationalen Verhältnis muss gelten, dass mit dem Ab-

79 Art.145 lit. e und f IPRG.

80 Hierzu Guldener IZPR 93f; Walder ZPR 7 Rz 52; Sträuli/Messmer N.2 zu § 11 ZPO; Vogel 4 Rz 72; zum deutschen Recht Riezler 306ff; Martiny 322; Geimer/Schütze 1538ff; vgl. BGE 102 II 393 E.7 mit Zitaten.

81 Guldener IZPR 170 bei N.15-20; Belgien 2 Abs.1 lit.b; Deutschland 2 Abs.1 Ziff.2; Frankreich 3 : "Domizil"; Italien 2 Abs.1 Ziff.2; Liechtenstein 2 Abs.1 Ziff.7 und 8; Österreich 2 Abs.2 Ziff.1 schliesst die Berufung auf Art.59 BV aus; Schweden 5 Abs.1 Ziff.2; Tschechoslowakei 2 Abs.2.

82 Art.5 Abs.1 in fine IPRG; Botschaft 301.

83 Sträuli/Messmer, N. 20 zu § 11 ZPO mit Nachweisen; Guldener IZPR 105 N.100; BGE 89 I 69.

84 Vgl. etwa ZH 11 Abs.2.

lehnungsbeschluss die gesetzlichen Zuständigkeitsregeln wieder in Kraft treten (85).

Wird die Klage daraufhin beim ordentlicherweise zuständigen Richter eingereicht, so kann sich der unterlegene Beklagte gegen die Vollstreckung dieses Urteils nicht mit der Einrede wehren, das urteilende Gericht sei wegen der Prorogation unzuständig gewesen. Zwar wird der Nichteintretensentscheid des prorogierten Gerichtes als Prozessurteil nicht anerkannt und kann im Inland an sich keine Wirkungen entfalten, die Berufung auf die Gerichtsstandsklausel würde aber in diesem Fall gegen Treu und Glauben verstossen. Dies gilt auch für das Beharren auf der vereinbarten Ausschliesslichkeit des prorogierten Gerichtes, wenn feststeht, dass dessen Urteil am Wohnsitz des Beklagten nicht anerkannt und vollstreckt wird (86).

6.4.2. Anwendbares Recht

Gemäss der Grundregel, dass ein ausländisches Gericht im Rahmen der Anerkennung dann als kompetent betrachtet wird, wenn dies ein Grundsatz unseres eigenen Gerichtsstandsrechts zulässt, beurteilt sich die Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung nach schweizerischem Recht. Diese Ansicht widerspricht zumindest auf den ersten Blick den Grundsätzen unseres Kollisionsrechtes (IPR). Der Gerichtsstandsvertrag steht nämlich zweifellos der Rechtsordnung am vereinbarten Gerichtsstand, der *lex fori*, näher als dem schweizerischen Recht, mit dem er wenig bis gar nichts zu tun haben muss. Letzteres ist insbesondere dann der Fall, wenn erst nachträglich eine Vollstreckungsmöglichkeit in der Schweiz entsteht, etwa durch eine Vermögensverschiebung.

Bei der uns interessierenden Fragestellung geht es aber keineswegs darum, das auf die Prorogation als solche anwend-

85 Sträuli/Messmer, N.24 am Ende zu § 11 ZPO unter Berufung auf BGE 34 I 434.

86 BGE 43 II 733; ZR 28 (1929) Nr.183; 39 (1940) Nr.106 S.235; Sträuli/Messmer, N.23 zu § 11 ZPO.

bare Recht festzustellen (87), sondern darum, ob die Prorogation aus unserer Sicht einen Gerichtsstand schaffen konnte, der gemäss unserem Recht für die Begründung der indirekten internationalen Zuständigkeit genügt.

Kommt ein Staatsvertrag zur Anwendung und regelt dieser die Prorogation, so geht dessen Regelung dem kantonalen Prozessrecht selbstverständlich vor (88). Im übrigen muss die Prorogation die Anforderungen des Rechts des Anerkennungskantons erfüllen. Da dieses zumeist keine besonderen Vorschriften aufstellt, kommen die allgemeinen Regeln des schweizerischen Vertragsrechts analog zur Anwendung (89), insbesondere in Bezug auf Konsens, Stellvertretung, Form und Willensmängel.

6.4.3. Anforderungen an Form und Inhalt

Nach zürcherischem Recht (90) kann eine Prorogation nur durch schriftlichen Vertrag der Parteien oder Statuten juristischer Personen begründet werden. Eine Prorogation ist unzulässig, wenn der derogierte Gerichtsstand zwingender Natur ist (91), etwa der Betreibungsort für die Rechtsöffnungsklage. Das IPRG (92) erleichtert die Vereinbarung eines Gerichtsstandes, indem es die Übermittlung durch Telex oder Telegramm zulässt. Im übrigen wird jedoch einfache Schriftlichkeit verlangt, so dass bloss mündliche Prorogationen ausgeschlossen sind. Wegen des Vorrangs der Staatsverträge muss jedoch im Verhältnis mit Liechtenstein weiterhin die öffentliche Beurkundung (93) verlangt werden.

-
- 87 Die Frage, ob das prorogierte Gericht die Gerichtsstandsklausel als gültig und wirksam ansieht und sich gestützt hierauf für zuständig halten darf, untersteht dem Prozessrecht dieses Gerichtes; Sträuli/Messmer, N.17 zu § 11 ZPO; ZR 69 (1970) 79 E.1f; SJZ 66 (1970) 286; Martiny 323.
 - 88 Dies gilt sowohl für die Gerichtsstandsverträge, welche die direkte Zuständigkeit abgrenzen als auch für die Vollstreckungsverträge, welche die indirekte betreffen; Sträuli/Messmer N.5 zu § 11 ZPO.
 - 89 ZR 60 (1961) Nr.83 170 E.3b.
 - 90 ZH 11, hierzu Sträuli/Messmer N.8 zu § 11 ZPO; ebenso Belgien 2 Abs.1 lit.b; Liechtenstein 2 Abs.1 Ziff.7, falls beide Parteien im Handelsregister eingetragen sind; vgl. Vogel 4 Rz 79.
 - 91 Sträuli/Messmer N.4 zu § 11 ZPO; Walder ZPR 7 Rz 58.
 - 92 Art.5 Abs.1 IPRG.
 - 93 Bei Parteien, die nicht im Handelsregister eingetragen sind, vgl. Liechtenstein 2 Abs.1 Ziff.8; vgl. SJZ 66 (1970) S.125.

Ist in der Gerichtsstandsvereinbarung ein Verzicht auf den Wohnsitzrichter mitenthalten, so ist dieser Verzicht gemäss einer umfangreichen Praxis des Bundesgerichtes (94) nur wirksam, wenn er besonders strenge Anforderungen an Form und Inhalt erfüllt. Insbesondere muss die Gerichtsstandsklausel unmissverständlich sein und der Wille der Parteien, sich einem an sich unzuständigen Richter zu unterwerfen, deutlich zum Ausdruck kommen (95). Die vom Bundesgericht hierzu aufgestellten Regeln (96) kommen auch im Anerkennungsrecht zum Zuge, wenn mit der Prorogation ein Verzicht auf den durch Art.59 BV garantierten Wohnsitzrichter verbunden ist.

In zahlreichen Vollstreckungsverträgen (97) wird eine "ausdrückliche Vereinbarung" verlangt, was generell, also auch im Anwendungsbereich des autonomen Anerkennungsrechts gelten dürfte. Auch wenn die Garantie des Art.59 BV nicht ins Spiel kommt - etwa mangels Wohnsitz in der Schweiz - muss wohl immer eine klare und ausdrückliche, schriftliche Prorogation verlangt werden. Dennoch ist in diesen Fällen ein weniger strenger Massstab angezeigt. Meines Erachtens wird man die strengen Anforderungen der bundesgerichtlichen Praxis nur dann stellen müssen, wenn wirklich ein Verzicht auf Art.59 BV in Frage steht. Im übrigen wird eine "ausdrückliche Vereinbarung" analog zur innerkantonalen Prorogation gemäss dem Recht des Anerkennungskantons genügen müssen.

Haben etwa ein japanisches und ein englisches Handelshaus den Gerichtsstand London für sämtliche künftigen Geschäfte vereinbart, so ist es fraglich, ob diese - nach schweizerischer Ansicht ungenügend individualisierte Prorogation (98) - der Anerkennung im Wege stehen soll. Sollten sowohl das englische wie auch das japanische Recht diese Prorogation anerkennen, so ist nicht einzusehen, warum dieses Urteil gerade in der Schweiz nicht beachtet werden sollte.

94 BGE 104 Ia 27 E.3; 93 I 327; 91 I 14 E.3; vgl. Sträuli/Messmer N.12 - 14 zu § 11 ZPO; Walder ZPO 7 Rz 60; Vogel 4 Rz 80.

95 Guldener IZPR 74 und 170; Sträuli/Messmer, N. 14 zu § 302 ZPO.

96 Betreffend klaren Wortlaut, verständliche Sprache, drucktechnische Hervorhebung und Geschäftserfahrenheit der Vertragsparteien.

97 Deutschland 2 Abs.1 Ziff.2; Italien 2 Abs.1 Ziff.2; Schweden 5 Abs.1 Ziff.2.

98 Weil gegen Art.27 ZGB verstossend; vgl. Guldener ZPR 94; Sträuli/Messmer N.6 zu § 11 ZPO; BGE 87 I 57f.

6.5.Vorbehaltlose Einlassung

6.5.1.Einlassung

Eine Einlassung liegt vor, wenn der Beklagte gegenüber dem Gericht unzweideutig den Willen bekundet, vorbehaltlos zur Hauptsache zu verhandeln (99). Die vorbehaltlose Einlassung begründet die Zuständigkeit eines an sich unzuständigen Gerichtes (100). Diese Rechtsfolge tritt auch zu Lasten einer rechtsunkundigen Partei und ohne Rücksicht auf deren Willen ein, so dass die Geltendmachung von Willensmängeln praktisch ausgeschlossen ist (101). Die Einlassung ist zumindest für die nicht vigilante Partei ein recht gefährliches Institut. Häufig ist die Unzuständigkeitseinrede die Hauptwaffe des Anerkennungsbeklagten; bei vorbehaltloser Einlassung geht diese Einrede von vornherein verloren. Das Vollstreckungsabkommen mit Liechtenstein (102) versucht dem Rechnung zu tragen, indem es eine vorbehaltlose Einlassung nur dann als gerichtsstands begründend betrachtet, wenn der Beklagte vom Richter über die Möglichkeit eines Vorbehaltes ausdrücklich belehrt wurde (103).

Ob eine genügend intensive Beteiligung am Prozess vorliegt, um die indirekte Zuständigkeit des Urteilsgerichtes aus unserer Sicht zu begründen, beurteilt sich selbstredend nach schweizerischem Recht. Eine Einlassung kann jedoch nur dort möglich sein, wo auch eine Prorogation statthaft wäre. Das IPRG lässt die Einlassung in vermögensrechtlichen Angelegen-

99 Etwa ZH 12; die übrigen kantonalen Regelungen zitiert in Vogel 4 Rz 70; vgl. Sträuli/Messmer, N.1 zu § 12 ZPO; Walder ZPR 7 Rz 66; BGE 87 I 58; Geimer/Schütze 1542ff.

100 Guldener IZPR 75 und 172; Sträuli/Messmer N.4 zu § 12 ZPO; Walder ZPR 7 Rz 68; Belgien 2 Abs.1 lit.c; Österreich 2 Abs.2 Ziff.1; Deutschland 2 Abs.2 Ziff.3; Italien 2 Abs.1 Ziff.2; Schweden 5 Abs.1 Ziff.3; Tschechoslowakei 2 Abs.2; zum deutschen Recht : Martiny 325f.

101 Sträuli/Messmer, N.4 zu § 12 ZPO; Kallmann 100.

102 Art.2 Abs.1 Ziff.9.

103 Dies dürfte der Richter jedoch nur tun, wenn er das Auseinanderklaffen der liechtensteinischen und der schweizerischen Zuständigkeitsregeln bemerkt.

heiten zu, welche Bedingung in Handelssachen stets erfüllt sein dürfte (104).

6.5.2.Vorbehalte

Die Einlassung muss vorbehaltlos erfolgen (105). Erhebt der Beklagte vor dem Urteilsgericht rechtzeitig die Unzuständigkeitseinrede oder erklärt er, sich der Vollstreckung des Urteils widersetzen zu wollen (106), so begründet diese "Einlassung mit Vorbehalt" nicht die indirekte Zuständigkeit. Häufig bleibt dem Beklagten nämlich gar nichts anderes übrig, als sich trotz der internationalen Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts auf den Prozess "einzulassen", um zur Sache verhandeln zu können. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die lex fori des angerufenen Gerichts einen Gerichtsstand kennt, der uns unbekannt ist. Die Ignorierung des ausländischen Verfahrens würde in einem solchen Fall zwar zur Nichtvollstreckbarkeit in der Schweiz führen, der Beklagte liefe aber Gefahr, im Urteilsstaat als säumig zu gelten und mangels Verteidigungsmöglichkeiten allenfalls zu Unrecht den Prozess zu verlieren. Trotz internationaler Unzuständigkeit aus Schweizer Sicht würde einer Vollstreckung im Urteilsstaat selbst und gegebenenfalls auch in weiteren Drittstaaten, die den uns unbekannten Gerichtsstand ebenfalls kennen, nichts im Wege stehen. Das Anerkennungsrecht muss somit dem Beklagten ermöglichen, sich im Urteilsverfahren zu verteidigen, ohne dass deshalb eine Einlassung fingiert würde. Dem Beklagten stehen zwei Möglichkeiten offen, sowohl am Verfahren teilzunehmen als auch die Unzuständigkeitseinrede für das Anerkennungsverfahren zu wahren. Zunächst kann er die Unzuständigkeit des Urteilsgerichtes rügen (107). Es genügt, diese Einrede vorgängig oder gleichzeitig mit einer allfälligen Klageantwort zu erheben; die Ausschöpfung des Instanzenzuges bei Abweisung der Einrede ist ebensowenig nötig

104 Vgl. Art.6 IPRG und Botschaft 302f.

105 Guldener IZPR 172; Storck 35.

106 BGE 97 I 154 E.4; 63 I 17; Guldener IZPR 172 bei N.33.

107 BGE 98 Ia 312 und 318; 96 I 595f.

(108) wie die Wiederholung der Einrede in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren (109). Ein **einmaliger ausdrücklicher Vorbehalt** genügt (110), um die Annahme einer "vorbehaltlosen" Einlassung zu widerlegen. Eine weitere Möglichkeit ist die Erklärung gegenüber dem Urteilsgericht, sich der Anerkennung bzw. Vollstreckung des Urteils widersetzen zu wollen (111). Ein solcher Vorbehalt ist dann angebracht, wenn die lex fori eine Unzuständigkeitseinrede von Anfang an zum Scheitern verurteilt, da es die Zuständigkeit für den vorliegenden Fall in Anspruch nimmt. Eine Unzuständigkeitseinrede würde nur zu einem teilweisen Unterliegen des Beklagten und somit zu entsprechenden Kostenfolgen führen. So ist dem am ausländischen Arrestort Beklagten nicht zuzumuten, den Gerichtsstand des Arrestortes mit einer aussichtslosen Unzuständigkeitseinrede zu bestreiten. Aber auch in diesem Fall muss er erklären, sich einer allfälligen Vollstreckung dieses Urteils ausserhalb des Arreststaates widersetzen zu wollen, ansonsten vorbehaltlose Einlassung fingiert würde.

6.5.3. Massgeblicher Zeitpunkt

Es muss in jedem Fall genügen, die genannten Vorbehalte vorgängig oder gleichzeitig mit der ersten Rechtsschrift vor dem urteilenden Gericht anzubringen. Dies bedeutet, dass die Teilnahme an einem Sühnverfahren (112) oder einer Beweisabnahme zum ewigen Gedächtnis (113), die Einreichung einer Vollmacht oder ein Gesuch um Fristerstreckung, ja sogar ein Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes ohne Gefahr "vorbehaltlos" vorgenommen werden können, ohne sich dadurch aus schweizerischer Sicht bereits auf den

108 Martiny 327 unten; offenbar anderer Ansicht Sträuli/Messmer N.15 zu § 302 ZPO.

109 BGE 98 Ia 311.

110 Es dürfte jedoch zu weit gehen, eine bloss private Erklärung gegenüber der Gegenpartei genügen zu lassen; so jedoch Storck 37.

111 Sträuli/Messmer, N.15 zu § 302 ZPO; Staehelin 580 bei N.122; BGE 97 I 156; 96 I 595f; 98 Ia 312; 104 Ia 145; Guldener IZPR 75, 140 und 172; Storck 36.

112 Zur Sühnverhandlung ausdrücklich ZH 12 Abs.2; Walder ZPR 7 Rz 66 N.80 mit Zitaten und 7 Rz 68 bei N.83.

113 BGE 87 I 59.

Prozess einzulassen (114). Erlaubt das ausländische Prozessrecht, die Unzuständigkeitseinrede noch später vorzubringen, so besteht kein Grund, dies zu missachten. Nach den allgemeinen Regeln untersteht die Rechtzeitigkeit des Vorbehaltes für das Anerkennungsverfahren schweizerischem Recht, eine für den Beklagten günstigere Lösung der *lex fori* muss jedoch aus Billigkeitsgründen ebenso genügen (115).

6.5.4. Einlassung durch Widerklage

Die Erhebung einer Widerklage bedeutet dann eine Einlassung, wenn bei selbständiger Geltendmachung anderswo hätte geklagt werden müssen, ein Gerichtsstand nicht gegeben gewesen wäre (116). Eine nachträgliche Infragestellung des Gerichtsstandes wäre in diesem Falle nämlich ein unzulässiges *venire contra factum proprium*.

Dies kann jedoch bei einer "unechten" Widerklage nicht gelten, bei der das Rechtsbegehren der Widerklage dasjenige der Hauptklage nicht übersteigt. Eine solche Widerklage - ein blosses Verteidigungsmittel - stellt nichts anderes dar als das ausländische Äquivalent der schweizerischen Verrechnung dar und wird nur deshalb erhoben, weil das ausländische Recht eine privatrechtliche Verrechnung nicht kennt, sondern an ihrer Stelle ein prozessrechtliches Institut zur Verfügung stellt (117). Die Erhebung der Einrede der Verrechnung als solche bedeutet ja zweifellos keine Einlassung.

114 Fristerstreckung : BGE 52 I 134; Einreichung einer Vollmacht : ZR 15 (1916) Nr.137; Armenrecht : BGE 35 I 69 E.1; Liechti 40; Sträuli/Messmer, N.2 zu § 12 ZPO mit weiteren Beispielen.

115 Vgl. etwa BGE 68 I 160 für eine nach deutschem Recht unwirksame Eingabe.

116 Guldener IZPR 173; Sträuli/Messmer N.3 zu § 12 ZPO; BGE 63 I 18; Riezler 313.

117 So etwa das englische Recht.

6.5.5. Einlassung durch Vergleichsabschluss

Das Eingehen eines gerichtlichen Vergleichs wirkt gerichtstands begründend (118). Der Beklagte, der unter Mitwirkung des Prozessgerichtes einen Vergleich schliesst oder sogar die Klage vollumfänglich anerkennt, würde sich in unzulässigen Widerspruch zum eigenen Handeln setzen, wenn er im nachhinein die Zuständigkeit dieses Gerichtes nicht mehr gelten lassen würde (119).

Dies kann allerdings nur gelten, wenn vor Vergleichsschluss kein entsprechender Vorbehalt abgegeben wurde. Es stellt sich jedoch die Frage, ob ein solcher Vorbehalt überhaupt zulässig ist. Meines Erachtens darf der Beklagte, der vor einem international unzuständigen Gericht eingeklagt wird, das sich jedoch gemäss seiner *lex fori* für zuständig erklärt, nicht benachteiligt werden. Will er die unsichere materielle Rechtslage durch Vergleich beenden, darf er einen Vergleich schliessen, ohne dadurch die Unzuständigkeitseinrede für das Anerkennungsverfahren zu verlieren. Es ist nämlich durchaus legitim, dem Prozessrisiko im Erststaat durch Vergleich auszuweichen ohne dadurch auch schon die an sich nicht vorhandene internationale Zuständigkeit des Prozessgerichtes zu begründen. Es muss deshalb genügen, zu Beginn des erststaatlichen Verfahrens einen der genannten Vorbehalte anzubringen. Ein erneuter Vorbehalt bei Vergleichsschluss scheint mir nicht mehr nötig, der Beklagte hat seine Auffassung, das Prozessgericht sei nicht zuständig, genügend manifestiert. Allerdings ist sofort zuzugeben, dass die gegenteilige Auffassung wohl ebenso gut vertreten werden könnte, handelt doch derjenige treuwidrig, der einen Vergleich mit der Mentalreservation schliesst, diesen ausserhalb des Urteilsstaates nicht halten zu wollen. Ein solcher Vergleich könnte zwar immer noch als aussergerichtlicher aufrechterhalten werden, wäre jedoch mit einem Willensmangel behaftet (120).

118 BGE 64 I 266; Sträuli/Messmer N.3 zu § 12 ZPO.

119 Sträuli/Messmer, N.15 am Ende zu § 302 ZPO.

120 Es ist jedoch fraglich, ob dies zu seiner Aufhebung führen könnte.

6.6. Gerichtsstand der Widerklage

6.6.1. Anwendungsfall

Der Kläger, der an einem ausländischen Gerichtsstand klagt, muss es sich gefallen lassen, dass ebendort eine Widerklage gegen ihn selbst erhoben wird, wenn diese in einem Zusammenhang mit seiner eigenen Klage steht, "konnex" ist (121). Der Käufer, der auf Übereignung der Kaufsache klagt, muss eine Widerklage auf Zahlung des Kaufpreises an dem von ihm gewählten Gerichtsstand hinnehmen. Andererseits ist er nicht gezwungen, sich im gleichen Fall auf eine Widerklage etwa aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit einzulassen. Dieser Grundsatz gilt auch im internationalen Verhältnis. Der Kläger, dessen Klage nicht geschützt worden ist, kann gegen die Vollstreckung der siegreichen Widerklage in diesem Fall nicht die Unzuständigkeitseinrede erheben (122).

Das IPRG geht in Art. 24 lit.d etwas weniger weit. Die Zuständigkeit des Urteilsgerichtes bezüglich einer Widerklage ist dann gegeben, wenn diese Instanz für die Hauptklage zuständig war und zwischen den beiden Ansprüchen ein sachlicher Zusammenhang besteht. Das Erfordernis der internationalen Zuständigkeit für die Hauptklage leuchtet nicht recht ein. War es doch der Kläger selbst, der dieses forum gewählt hatte. Er sollte sich demnach auch nicht darauf berufen können, das von ihm angegangene Gericht sei für seinen eigenen Anspruch nicht zuständig gewesen.

121 Belgien 2 Abs.1 lit.d; Deutschland 2 Ziff.5; Italien 2 Abs.1 Ziff.4; Liechtenstein 2 Abs.1 Ziff.3; Österreich 2 Abs.2 Ziff.3 (ohne Nennung der Konnexität); Schweden 5 Abs.1 Ziff.4; Guldener IZPR 173f; Liechti 41; Storck 37; die kantonalrechtlichen Gerichtsstände der Widerklage zitiert bei Vogel 4 N.89; zum deutschen Recht Geimer/Schütze 1544ff; Martiny 318; kritisch im Hinblick auf Art.59 BV : Kaufmann Tendenzen 371

122 Kaufmann-Kohler 226 bei N.100; BGE 97 I 130; 93 I 552.

6.6.2. Konnexität und Verrechenbarkeit

Der Gerichtsstand der Hauptklage gilt uneingeschränkt bei strenger Konnexität im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 59 BV (123). Diese ist dann gegeben, wenn die beiden Ansprüche entweder aus dem selben Rechtsgeschäft (wie das soeben genannte Kaufbeispiel) oder aus dem gleichen Tatbestand abgeleitet werden (124), nicht jedoch schon dann, wenn die Ansprüche gleichartig sind und nur entfernt etwas gemeinsam haben.

Das zürcherische Recht lässt eine Widerklage schon dann zu, wenn die beiden Ansprüche verrechenbar sind (125). So lange eine auf Geldzahlung lautende Widerklage betragsmässig unter der Hauptforderung liegt - nach schweizerischem Recht eine Verrechnung stattfinden würde - ist hiegegen auch international nichts einzuwenden. Übersteigt der Widerklagebetrag die Hauptklage jedoch, so verletzt dieser Gerichtsstand der Widerklage die Garantie des Wohnsitzrichters, wenn die Ansprüche nicht konnex sind (126). Kommt die Gerichtsstands-garantie jedoch - etwa wegen fehlenden schweizerischen Wohnsitzes - nicht zur Anwendung, muss zumindest der zürcherische Richter unter der Herrschaft des alten Rechts die Zuständigkeit des ausländischen Gerichtes gemäss dem Prinzip der Spiegelbildlichkeit anerkennen. Das IPRG kennt diese Möglichkeit nicht (127).

123 Diese Praxis wird kritisiert von Kaufmann Tendenzen 371, der argumentiert, der Kläger bringe mit seiner Klageerhebung keineswegs sein Einverständnis mit der Widerklage zum Ausdruck und verzichte somit auch nicht auf den Schutz von Art. 59 BV.

124 Sträuli/Messmer, N.2 zu § 15 ZPO.

125 ZH 15 in fine; hierzu Sträuli/Messmer, N.4 zu § 15 ZPO.

126 Gleicher Meinung Walder ZPR 7 N.49; anderer Ansicht Sträuli/Messmer, N. 4 zu § 15 ZPO; Guldener IZPR 76 N.240; Guldener ZPR 101 N.89.

127 Vgl. jedoch Art. 31 der Bundeszivilprozessordnung für die direkte Zuständigkeit.

7. Gehörige Ladung und Vertretung

7.1. Gehörige Ladung

Zahlreiche Zivilprozessordnungen (1) wie auch Staatsverträge (2) nennen als Voraussetzung der Vollstreckung die gehörige Ladung und Vertretung. Gemäss schweizerischer Auffassung ist diese Voraussetzung Teil unseres *ordre public*, so dass sie auch dann erfüllt werden muss, wenn sie nicht namentlich genannt ist (3).

7.1.1. Begriff und Bedeutung

Die "gehörige Ladung" bedeutet, dass der - ausserhalb des Urteilsstaates wohnende - Beklagte zumindest die den Rechtsstreit einleitende Ladung oder Verfügung auf dem völkerrechtlich vorgesehenen Weg erhalten muss (4). Unter "Ladung" ist die Vorladung an die erste Verhandlung des Gerichtes zu verstehen; die einleitende Verfügung stellt deren Pendant im schriftlichen Verfahren dar. Der völkerrechtlich vorgeschriebene Weg ist der Rechtshilfeweg über diplomatische Kanäle oder - falls staatsvertraglich vorgesehen - eine vereinfachte Zustellung gemäss Staatsvertrag.

Nur gerade die **erste** Aufforderung des ausländischen Gerichts, mit der die Rechtshängigkeit der Klage mitgeteilt wird und der Beklagte eingeladen wird, vor dem Urteilsgericht zu erscheinen, bzw. eine Klageantwort einzureichen oder einen Prozessvertreter oder Zustellungsempfänger zu bestimmen, muss auf diesem Wege zugestellt werden (5). Hat der Beklagte vom

1 BE 401 Ziff.3; UR 295 Abs.2 lit.c; ZG 225 Abs.2 Ziff.3; FR 346 Abs.2 lit.c; SO 323 Abs.2 lit.c; BS 258 Abs.6 Ziff.2; SH 400 Ziff.3; AR 287 Abs.2 lit.b; TI 510 lit.c; VD 507 Abs.2 lit.c; VS 383 Abs.2 Ziff.3; NE 505 lit.a; GE 472E lit.b; JU 394 Abs.2 Ziff.3.

2 Belgien 1 lit.d; Deutschland 4 Abs.3; Frankreich 17 Ziff.2; Italien 1 Ziff.4; Liechtenstein 1 Ziff.4; Österreich 1 Ziff.4; Schweden 4 Ziff.5; Spanien 6 Ziff.2; Tschechoslowakei 6 Ziff.3; Guldener IZPR 149ff.

3 Niedermann 85 N.200; Strehler 48; vgl. auch Martiny 375.

4 Bei rein nationalen Verfahren genügt natürlich die Beachtung der *lex fori*; Volken Konventionskonflikte 90; Guldener IZPR 202.

5 BGE 102 Ia 308ff E.1; 105 Ib 46f E.2a; 98 Ia 311; 97 I 254; Martiny 379; kritisch Volken Rechtshilfe 452f.

Prozess formell Kenntnis erhalten, ist ihm zuzumuten, für die Zustellung weiterer Rechtsschriften und auch des Urteils besorgt zu sein und bei Nichtzustellung die entsprechenden Rechtsmittel gemäss der *lex fori* zu ergreifen (6). Die nachfolgenden Zustellungen aber auch die vorangehende Vorladung zu einer blossen Sühnverhandlung müssen also nicht auf dem Rechtshilfeweg (7) erfolgen.

Das Erfordernis der gehörigen Ladung ist eine Schutzbestimmung zu Gunsten des Beklagten. Der Beklagte soll sich erst dann auf einen ausländischen Prozess einlassen müssen, wenn er von dessen Einleitung formell Kenntnis erhält. Geschieht dies zufällig, oder auf einem anderen als dem vorgesehenen Rechtshilfeweg, bleibt diese Kenntnis unbeachtlich (8). In diesem Sinne lässt sich sagen, dass der ausländische Kläger das Risiko der formell-richtigen Zustellung trägt.

7.1.2. Anwendbares Recht

Form und Inhalt der Ladung richten sich nach der *lex fori* des Urteilsgerichtes, da die Ladung ein Teil des Prozesses ist (9). Die Art der Zustellung untersteht dem Recht am Ort der Zustellung (10). Eine Verletzung der *lex fori* muss jedoch schon im Erkenntnisverfahren geltend gemacht werden, im Anerkennungsverfahren ist nur noch zu prüfen, ob die Zustellung gemäss dem Recht am Vornahmeort gehörig war. Erstens ist die Einhaltung der dortigen *lex fori* weder ausdrückliche noch stillschweigende Anerkennungs Voraussetzung, zweitens wären die Rechtsmittel des Rechtes des Urteilsstaates offengestanden und drittens scheint es anmassend, die ausländische *lex fori* besser als der Urteilsrichter verstehen zu wollen. Dass das Recht am Vornahmeort - und nicht einfach schweizerisches Recht - anwendbar ist, leuchtet ohne weiteres ein.

6 Guldener IZPR 150; Staehelin Staatsverträge 585 bei N.156.

7 Hierzu unten 7.3.2.

8 Vgl. Deutschland 4 Abs.3 in fine.

9 Guldener IZPR 152 N.119; Niedermann 86; Storck 47; ZR 84 (1985) 72 E.7b; vgl. BGE 105 Ia 310 E.3a.

10 Schwander 34-5 S.194; vgl. auch Urs Maier, Die interkantonale Rechtshilfe im Beweisverfahren des Zivilprozesses mit Verweisungen auf Gegebenheiten im internationalen Bereich, Diss. Zürich 1971, S.169ff.

Wohnt der Beklagte zum Zeitpunkt des Ladung bsp. in Hamburg, so muss ihn ein österreichisches Gericht in den Formen des deutsch-österreichischen Rechtshilfeabkommens vorladen. Weder besteht eine Veranlassung, auf schweizerisches Recht Rücksicht zu nehmen, noch kann sich der Beklagte, der in der Folge in die Schweiz zieht, im Anerkennungsverfahren auf die Bestimmungen des schweizerisch-österreichischen Vollstreckungsvertrages berufen.

Darf er vor dem schweizerischen Anerkennungsrichter hingegen geltend machen, der deutsch-österreichische Rechtshilfevertrag sei nicht beachtet worden? Meines Erachtens kann dies nicht verneint werden, auch wenn die Überprüfung ausländischen Rechts oder eines Staatsvertrages, an dem die Schweiz nicht beteiligt ist, praktische Schwierigkeiten mit sich bringt.

In der obgenannten Konstellation ist dieser Grundsatz nicht unbestritten. Art.1 Abs.2 des schweizerisch-österreichischen Vollstreckungsvertrages bestimmt nämlich, dass nur die im Staatsvertrag selbst vorgesehenen Punkte nachgeprüft werden dürfen. Art.1 Ziff.4 spricht jedoch nur von Zustellungen vom einen in den anderen Vertragsstaat. Meines Erachtens sollte dadurch nicht die Überprüfung der Zustellungsformen in Drittstaaten, sondern nur die der rein innerstaatlichen Zustellungen im Urteilsstaat ausgeschlossen werden (11).

7.1.3. Anwendungsgebiet

Einige Staatsverträge beschränken das Erfordernis der gehörigen Ladung auf Versäumnisurteile (12). Dies beruht auf der Ueberlegung, dass der Beklagte bei einem kontradiktorischen Verfahren definitionsgemäss anwesend war und dass ihm die Rechtsmittel der *lex fori* zu Gebote standen, um sich gegen

11 Volken Konventionskonflikte 96f; Die genannte Regelung würde - wörtlich genommen - die Einrede des Beklagten ausschliessen, er sei an seinem drittstaatlichen (in casu deutschen) Wohnsitz nicht gehörig geladen worden.

12 Belgien 1 Abs.1 lit.d und 6 Abs.1 lit.d; Italien 1 Abs.1 Ziff.4; Liechtenstein 1 Abs.1 Ziff.4; Österreich 1 Abs.1 Ziff.4; Schweden 4 Ziff.5; Tschechoslowakei 1 Abs.1 Ziff.4; anders Frankreich 17 Abs.1 Ziff.2, das die gehörige Ladung auch für das kontradiktorische Verfahren verlangt; vgl. Liechti 46f; Storck 46ff.

Formfehler zu wehren. Soll dies allgemein gelten (13), ausser ein Staatsvertrag sehe ausdrücklich das Gegenteil vor (14) ? Bei unbilligen Resultaten könnte der Beklagte immer noch unter dem Titel des *ordre public* Schutz finden (15).

Nach einhelliger Auffassung bedeutet die vorbehaltlose Einlassung die Verwirkung der Einrede, nicht regelgerecht vorgeladen worden zu sein (16). Die Frage kann sich also nur noch stellen, wenn der nicht korrekt Vorgeladene am Verfahren teilnimmt, die Zuständigkeit aber bestreitet, bzw. sich die Bestreitung im Vollstreckungsverfahren vorbehält.

Möchte man diesem Beklagten die Einrede der ungehörigen Ladung abschneiden, würde das denjenigen - nicht gehörig - Vorgeladenen, der die Ladung einfach ignoriert, besser stellen als den verantwortungsbewussten Beklagten, der vor dem ausländischen Gericht erscheint, um dessen Zuständigkeit zu bestreiten, der es jedoch versäumt - bzw. wegen Aussichtslosigkeit unterlässt -, auch die ungehörige Ladung zu rügen. Die Verwirkung dieser Einrede ist deshalb auf Fälle der vorbehaltlosen Einlassung zu beschränken. Die Einrede der nicht richtigen Ladung kann noch im Vollstreckungsverfahren erhoben werden (17).

7.1.4. Vorladungsfrist

Durch die gehörige Ladung soll dem Beklagten die Möglichkeit gesichert werden, die im Hinblick auf den Prozess notwendigen Vorbereitungen und Abklärungen zu treffen und sich vor dem Urteilsgericht Gehör zu verschaffen. Diese Vorbereitungen brauchen Zeit. Unter Umständen muss der Beklagte Tatbeständliches untersuchen, Rechtsschriften studieren, diese übersetzen lassen sowie einen Rechtsvertreter finden und in-

13 Niedermann 86; vgl. Staehelin Staatsverträge 584 bei N.151.

14 Frankreich 17 Abs.1 Ziff.2; Spanien 6 Ziff.2.

15 Niedermann 86 bei N.205.

16 Guldener IZPR 152; Staehelin Staatsverträge 584 bei N.152; BGE 105 Ia 313 E.4; unten 7.2.2.

17 Ein nicht gehörig Geladener, der die Ladung ignorierte, hatte weder Anlass noch Gelegenheit, den Formfehler zu rügen. Einem solchen, der die Unzuständigkeitseinrede erhob, ist nicht zuzumuten, dass er sich um Formen des aus seiner Sicht unzuständigen Gerichtes kümmert, anderer Ansicht Martiny 387; vgl. ZR 84 (1985) 72 E.7a.

struieren. Die Vorladungsfrist muss diesen Überlegungen Rechnung tragen und genügend lang sein (18). Solche Fristen werden staatsvertraglich nicht festgelegt, sie müssen sich nach den Umständen des Einzelfalles richten. Eine zu kurze Frist ist einer nicht gehörigen Vorladung gleichzusetzen, wenn die Rechte des Beklagten dadurch geschmälert wurden.

7.1.5. Zusammenfassung

Die gehörige Vorladung setzt somit voraus (19) :

- a) eine der lex fori des Urteilsgerichtes entsprechende Vorladung
- b) die Zustellung dieser Vorladung in den Formen, die das Recht des Zustellungsortes vorsieht. Besteht kein Staatsvertrag, muss der völkerrechtlich vorgesehene Rechtshilfeweg eingehalten werden.
- c) die Einräumung einer genügend langen Vorladungsfrist, die der geladenen Partei erlaubt, die nötigen Vorkehrungen zu treffen.

7.2. Folgen der nicht gehörigen Ladung

Als "nicht gehörig" gilt die Ladung nach dem Gesagten dann, wenn sie überhaupt nicht zugestellt wurde, wenn sie zwar zugestellt wurde, jedoch nicht auf dem völkerrechtlich oder staatsvertraglich vorgeschriebenen Weg (20) oder wenn die angesetzten Fristen nicht genügend lang waren (21). Ob der Beklagte von der Ladung tatsächlich Kenntnis genommen hat, spielt hingegen keine Rolle.

18 So bestimmen Belgien Abs.1 lit.d in fine; Deutschland 4 Abs.3; Liechtenstein 1 Abs.1 Ziff.4; Österreich 1 Abs.1 Ziff.4; Schweden 4 Ziff.5 und Tschechoslowakei 1 Abs.1 Ziff.4, die Ladung müsse den Beklagten "rechtzeitig" erreicht haben; Liechti 47; Stauffer Staatsverträge 58; Geimer/Schütze 1080ff.

19 Guldener IZPR 150.

20 Etwa durch blosser Öffentliche Zustellung; Guldener IZPR 151; Liechti 47; Storck 47.

21 Im schriftlichen Verfahren gilt das soeben Gesagte sinngemäss; Guldener IZPR 151.

7.2.1. Folgen für den Beklagten

Die aus der Sicht des Anerkennungsstaates (22) nicht gehörige Ladung führt auf entsprechende Einrede (23) des Geladenen zur Nichtanerkennung des in der Folge gefällten Urteils. Dies bedeutet für den Beklagten, dass er im Hinblick auf die Anerkennung keine prozessualen Pflichten auf sich nehmen muss. Er muss weder vor dem vorladenden Gericht erscheinen, noch zur Klage oder zur Zuständigkeit des Urteilsgerichtes Stellung nehmen. Er darf eine ungehörige Ladung vollkommen ignorieren, ohne Rechtsnachteile im Vollstreckungsverfahren befürchten zu müssen. Dies alles gilt allerdings nur aus der Sicht des Zweitstaates. Die nach dessen Auffassung ungehörige Ladung kann nämlich durchaus dem Prozessrecht des Urteilsstaates entsprechen. Die per Post zugestellte Vorladung vor ein amerikanisches Recht ist aus unserer Sicht nicht genügend, das amerikanische Urteilsgericht betrachtet die Vorladung allerdings als formrichtig (24). Ein in der Folge gefälltes Säumnisurteil wird in der Schweiz zwar nicht vollstreckt werden können, im Urteilsstaat öffnet es jedoch den Zwangsvollstreckungsweg.

Der ungehörig Geladene wird die Ladung dann nicht ignorieren können, wenn er Vermögen im Urteilsstaat besitzt. Er wird in diesem Fall am Prozess teilnehmen müssen, um sich verteidigen können. Will er die Fiktion einer Einlassung verhindern (25) muss er die ungehörige Ladung rügen und den Vorbehalt anbringen, sich der Vollstreckung widersetzen zu wollen. Es dürfte auch genügen, einen Unzuständigkeitsvorbehalt anzubringen, bevor er zur Sache selbst verhandelt (26). Er soll nämlich nicht schlechter gestellt sein, als ein nicht gehörig vorgeladener, der - zufälligerweise - kein Vollstreckungssubstrat

-
- 22 Formfehler einer aus unserer Sicht gehörigen Ladung sind auf dem dortigen Rechtsmittelweg geltend zu machen, nicht erst im Anerkennungsverfahren.
 - 23 Betrachtet man das Erfordernis der gehörigen Ladung als Teil des prozessualen *ordre public*, so ist es strittig, ob nicht eine Beachtung von Amtes wegen angezeigt ist; unten 9.3.3.
 - 24 Vgl. VPB 1985 Nr.16 S.90f.
 - 25 Guldener IZPR 152; Staehelin Staatsverträge 584 bei N.152; BGE 105 Ia 313 E.4.
 - 26 Oben 6.5.2.

im Urteilsstaat hat und darum eine Vollstreckung an jenem Ort nicht befürchten muss. Es erscheint nämlich nicht als fair, den mit blossem Brief zitierten Beklagten vor die unangenehme Wahl zu stellen, sich entweder auf das Verfahren trotz ungehöriger Ladung mit der Folge einzulassen, dass eine Vollstreckung auch im Inland zulässig ist, oder aber die Ladung zu ignorieren und eine Vollstreckung im Zweitstaat zu verhindern, dies jedoch um den Preis, im Urteilsstaat ohne rechtliches Gehör zu bleiben und ein negatives Versäumnisurteil mit anschliessender Vollstreckung in Kauf nehmen zu müssen. Das Urteil eines ausländischen Gerichtes, das sich nicht an die internationalen Zustellungsregeln hält, soll nicht bloss deswegen vollstreckt werden müssen, weil sich der Beklagte aus mehr oder weniger zufälligen Umständen gezwungen sah, am Verfahren teilzunehmen.

7.2.2. Verzicht

Das Erfordernis der gehörigen Ladung wurde zum Schutze des Beklagten aufgestellt. Dieser kann in jedem Stadium des Verfahrens auf diesen Schutz verzichten (27). Dies ist der Fall, wenn er sich trotz nicht gehöriger Ladung auf den Prozess vorbehaltlos einlässt (28). Dies kann ausdrücklich oder auch bloss stillschweigend geschehen, indem der Beklagte ohne vorherigen Vorbehalt zur Sache selbst verhandelt (29).

Der Beklagte kann aber auch noch nach Urteilsfällung verzichten. Dies wird er insbesondere dann tun, wenn das gefällte Urteil zu seinen Gunsten ausfällt. Auch ein Versäumnisurteil kann nämlich durchaus zu Gunsten der säumigen Partei lauten, die Säumnis bewirkt zumeist nur Anerkennung der Tatsachenbehauptungen des Klägers und Verzicht auf Einreden (30). Es ist aber immer noch möglich, dass die Klage aus rechtlichen Gründen abgewiesen wird.

27 Guldener IZPR 156f, Raape/Sturm 353 bei N.47; Riezler 535; Martiny 388.

28 Guldener IZPR 152; Staehelin Staatsverträge 584 bei N.152; BGE 105 Ia 313 E.4; vgl. ZR 76 (1977) 281 E.2f.

29 Oben 6.5.1.

30 Vgl. ZH 129 Abs.1.

Aber auch dann, wenn sich der nicht gehörig Geladene nur unter Vorbehalt (31) am Urteilsverfahren beteiligt hat und obsiegt, wird er auf seinen Vorbehalt verzichten, um dem unterlegenen Kläger nicht die Möglichkeit eines Zweitprozesses im Vollstreckungsstaat zu lassen (32).

7.2.3.Folgen für den Kläger

Der Kläger des Erstprozesses kann zu seinen Gunsten nichts daraus ableiten, dass die Gegenpartei nicht gehörig vorgeladen worden sei. Allein der Beklagte wird geschützt und es liegt allein in seinem Ermessen, auf diesen Schutz zu verzichten. Insbesondere kann der Kläger, der den Prozess verliert, nicht im Zweitstaat von neuem prozessieren und sich darauf berufen, das Ersturteil würde wegen nicht gehöriger Ladung des Beklagten nicht anerkannt und könne somit im Zweitstaat nicht als abgeurteilte Sache gelten. Die nicht gehörige Ladung des Klägers gibt es nicht (33). "Ladung" bedeutet in diesem Zusammenhang ja bloss die erste Handlung des Gerichtes, die den Parteien vom Prozess Kenntnis gibt. Der Kläger wird naturgemäss nicht geltend machen können, er habe nichts vom Prozess gewusst.

7.2.4.Folgen für Widerkläger und -beklagten

Die Erhebung der Widerklage ist eine Form der Einlassung (34). Der nicht gehörig Vorgeladene, der zum Angriff übergeht, kann später nicht geltend machen, er sei als Beklagter nicht gehörig vorgeladen worden (35). Aber auch der ursprüngliche Kläger, dessen Klage abgewiesen, gegen den die Widerklage jedoch gutgeheissen wird, kann nicht rügen, ihm sei die Widerklage nicht gehörig zugestellt worden. Die Widerklage ist nicht als die erste, den Rechtsstreit einleitende Ladung

31 Oben 6.5.2.

32 Verhindert der Beklagte die Anerkennung des ausländischen Urteils, so kann er sich auch nicht auf dessen materielle Rechtskraft berufen; zum ordentlichen Zweitprozess unten 12.4.4.

33 Martiny 375 bei N.2411; Guldener IZPR 152f.

34 Oben 6.5.4.

35 Martiny 376 bei N.2412.

zu verstehen, sondern als eine der nachfolgenden Zustellungen, die weniger strengen Formerfordernissen genügen müssen.

7.3.Internationale Zustellung

7.3.1.Problematik

Zustellung ist der formelle Akt der Gerichtsbarkeit, durch den einer Partei oder einem Dritten Gelegenheit gegeben wird, von einem Schriftstück Kenntnis zu nehmen unter Beurkundung dieses Vorganges (36). Insbesondere ist die Zustellung als Akt der Gerichtsbarkeit ein hoheitlicher Akt, eine Amtshandlung. Amtshandlungen ausserhalb des eigenen Staatsgebietes stellen eine Verletzung fremder Gebietshoheit dar und sind somit völkerrechtswidrig (37), nach schweizerischer Auffassung sogar gemäss Art.271 StGB strafbar (38). Es ist hierbei gleichgültig, in welcher Form die Zustellung vorgenommen wird. So ist auch die Zustellung per Post oder durch Vermittlung eines Rechtsanwaltes grundsätzlich völkerrechtswidrig. Es bestehen zahlreiche Staatsverträge, welche die Zustellung erleichtern (39). Ausserhalb ihres Anwendungsgebietes bleibt allerdings nichts anderes übrig, als auf dem anti-quierten diplomatischen Rechtshilfeweg zuzustellen.

7.3.2.Diplomatischer Rechtshilfeweg

Der internationale diplomatische Rechtshilfeweg kann als "Treppe hinauf - Treppe hinunter - Prinzip" bezeichnet werden. Muss etwa ein New Yorker Gericht einen Zürcher vorladen, sieht der ordentliche Rechtshilfeweg wie folgt aus: Die Vorladung ist zunächst vom Prozessgericht (40) an das amerika-

36 Suter Zwangsvollstreckung S.19; Zusammenstellung der kantonalen Regelungen in VPB 1985 Nr.16 S.109; Vogel 9 N.10.

37 Eidgenössische Polizeia Abteilung in VPB 1956 Nr.5; Guldener IZPR 17f; BGE 105 Ia 307 E.3b; 103 III 4 E.2; 94 I 244 E.5; Volken Rechtshilfe 454.

38 Hierzu VPB 1985 Nr.16 S.90f; Frei 196; Honegger 135ff.

39 Tabelle in VPB 1985 Nr.16 S.107f; vgl. auch Mustersammlung ZH, Zivil 20.1/1.

40 Auf dem durch das dortige Recht vorgesehenen Übermittlungsweg.

nische State Departement zu übermitteln. Dieses leitet das Schriftstück an seine diplomatische Vertretung in der Schweiz, im "Empfangsstaat". Diese leitet es an das Eidg. Departement des Äusseren weiter, welches es dem Eidg. Justiz- und Polizeidepartement übermittelt, dessen Bundesamt für Polizeiwesen (41) es schliesslich an das Zürcher Obergericht schickt, welches es dem Adressaten gemäss dem zürcherischen Recht (42) zustellt. Nach erfolgter Zustellung bescheinigt das Obergericht die gehörige Zustellung und leitet diese Bestätigung auf dem selben Weg wieder an das vorladende Gericht zurück. Dieses Verfahren ist äusserst umständlich und zeitraubend. Es können bisweilen Monate vergehen, bis die Bestätigung des ersuchten Gerichts bis zum Prozessgericht zurückkehrt.

7.3.3. Haager Übereinkunft betreffend Zivilprozessrecht

Die mühsame und zeitraubende Einhaltung des diplomatischen Wegs hat schon früh zum Abschluss einer Konvention zur Erleichterung der internationalen Zustellung geführt. Das Haager Abkommen betreffend Zivilprozessrecht von 1905 (43), revidiert in 1954, sieht einen verkürzten Rechtshilfeweg unter Auslassung der beiden Aussenministerien vor. Das ladende Gericht sendet das Schriftstück mit einem Zustellungsbegehren direkt an "seinen" Konsul im Empfangsstaat. Dieser leitet es an eine Zentralbehörde (44) weiter, welche für die Zustellung gemäss dem Recht des Zweitstaates besorgt ist. Die Bedeutung dieser Konvention liegt einmal darin, dass sich die Signatarstaaten verpflichten, überhaupt ausländische Gerichtsurkunden zuzustellen, so dass allfällige Gegenrechtsvorbehalte (45) hinfällig werden. Zum zweiten wird der Rechtshilfeweg verkürzt. Allerdings kann jeder Vertragsstaat auf der Einhaltung des diplomatischen Wegs beharren, was die genannten Vorteile teilweise wieder zunichte macht.

41 Das Bundesamt hiess früher Eidgenössische Polizeiabteilung.

42 § 176ff GVG ZH.

43 Hierzu Guldener IZPR 23ff; Volken Rechtshilfe 449ff.

44 In der Schweiz das Bundesamt für Polizeiwesen.

45 Bsp. § 116 Abs. 2 GVG ZH.

7.3.4. Zustellungsformen

Für die Ladung eines Beklagten mit Wohnsitz in der Schweiz gilt hinsichtlich der Form der Zustellung :

a) Einfache Zustellung

Eine formlose Übergabe ist zulässig (46), wenn der Empfänger zur Annahme bereit ist. In diesem Fall kann auf eine Übersetzung verzichtet werden. Nach Zürcher Praxis wird eine solche Sendung durch eingeschriebene Post oder als Gerichts-urkunde (47) zugestellt und bei Annahmeverweigerung ohne weiteres an das ersuchende Gericht zurückgeschickt (48).

b) Formelle Zustellung

Bei Bedarf wird unter Zuhilfenahme von Zwangsmitteln zugestellt. Das ersuchte Gericht stellt das Schriftstück in der selben Weise zu, wie es eine gleichartige eigene Sendung zustellen würde. Das zürcherische Recht schreibt für Vorladungen die Zustellung durch die Post gegen Rückschein vor, bei zweimaliger Annahmeverweigerung Zustellung durch Gerichtsweibel, Gemeindeammann oder die Polizei (49). Diese besondere Zustellungsart hat zur Folge, dass eine allfällige Annahmeverweigerung prozessrechtlich bedeutungslos wird, da eine Annahme fingiert wird (50). Das Haager Abkommen bestimmt, dass in diesem Fall eine Übersetzung in die Amtssprache des ersuchten Gerichtes notwendig ist (51).

c) Qualifizierte Zustellung

Besondere Zustellungsformen gemäss dem Recht des Prozessgerichtes können verlangt werden (52), wenn sie dem Recht des ersuchten Staates nicht widersprechen. Dabei handelt es sich

46 Art.2 Haager Abkommen; vgl. Guldener IZPR 25.

47 Art.72 der Verordnung zum Postverkehrsgesetz, SR 783.01.

48 Mustersammlung ZH Zivil 20.1 S.9 N.16 und 17.

49 §§ 180, 177 Abs.1 und 179 Abs.1 GVG ZH.

50 ZH 30; BGE 91 II 152; für Postfächer : 100 III 3; vgl. Vogel 9 N.15.

51 BGE 103 III 69ff; Art. 3 Abs.2 und 3 Haager Abkommen.

52 Art.3 Abs.2 Haager Abkommen.

um Zustellungen an eine bestimmte Person (53) oder mit Bestätigung des Inhaltes der zugestellten Sendung (54).

d) Postzustellungen

Das Haager Abkommen lässt die Postzustellung zu, wenn der Zweitstaat nicht widerspricht (55).

Die Schweiz hat nur gerade mit Österreich staatsvertraglich vereinbart, dass Postzustellungen erlaubt sein sollen (56), im übrigen jedoch dieser Zustellungsart stets widersprochen (57). Postzustellungen aus allen anderen Ländern stellen demzufolge einen unzulässigen Eingriff in die schweizerische Souveränität dar und unterstehen der Strafdrohung des Art. 271 StGB. Dennoch kommt es immer wieder vor, dass Zustellungen vor allem aus Staaten des angloamerikanischen Rechtskreises - zumeist aus Unkenntnis der Rechtslage - auf diesem verpönten Weg vorgenommen werden. Dies rührt daher, dass nach dortigem Rechtsverständnis Zustellungen Aufgaben der Parteien sind und somit keine Amtshandlungen darstellen (58). Die Ladung eines Beklagten mit Wohnsitz in der Schweiz auf dem postalischen Weg ist nicht gehörig (59) und unterliegt der Sanktion der Nichtanerkennung des darauf beruhenden Entscheids (60).

e) Doppelzustellung

Gemäss schweizerischem Recht ist die sogenannte "Doppelzustellung" zugleich per Post und auf dem Rechtshilfeweg unzulässig. Per Post darf höchstens mitgeteilt werden, dass auf dem Rechtshilfeweg zugestellt wird (61).

53 Bei der nicht-qualifizierten Zustellung bestimmt nämlich das Recht des Zustellungsstaates die berechtigten Empfänger.

54 Mustersammlung ZH, Zivil 20.1 N.17 S.10; Guldener IZPR 20.

55 Art. 6 Abs. 1 Haager Abkommen.

56 Art. 1 Abs. 3 der Zusatzvereinbarung, SR 0.274.181.631.

57 BB1 1910 I 295; VPB 1985 Nr. 16 S. 84f und 1956 Nr. 5; BGE 110 III 100; 105 Ia 307 E. 3b; Guldener IZPR 20; Hauser/Hauser N. 3f zu § 192 GVG; Volken Rechtshilfe 454.

58 Vgl. VPB 1985 Nr. 16 S. 90f.

59 Diese Frage untersteht dem recht am Vornahmeort.

60 Oben 7.2.1.; vgl. aber die Konstellation unter g); abweichend BGE 93 I 271 E. 2b für Schiedsgerichte.

61 ZR 56 (1957) Nr. 54.

f) Zustellung durch Konsularbeamte

Das Haager Abkommen sieht die direkte Zustellung durch diplomatische oder konsularische Vertreter des ersuchenden Staates vor, was jedoch die Zustimmung des Empfangsstaates voraussetzt (62). Nur gerade für zwangslose Zustellungen an die eigenen Staatsbürger des Absendestaates bleibt diese Form in jedem Fall zulässig (63).

g) Zustellung durch Privatpersonen

Die Zustellung durch Privatpersonen, etwa von Anwalt zu Anwalt, ist im Haager Abkommen nicht vorgesehen. Das schweizerische Recht verbietet solche Zustellungen (64), wenn sie hoheitliche Akte darstellen, insbesondere die Ladung vor Gericht beinhalten (65).

7.3.5. Weitere Staatsverträge

Nebst dem Haager Abkommen regeln zahlreiche Staatsverträge die Zustellung von Gerichtsurkunden (66). In der Regel wird der Rechtshilfeweg verkürzt und ein direkter Verkehr von Gericht zu Gericht vereinbart. Als günstigere Regelungen gehen diese Staatsverträge dem Haager Abkommen vor (67).

Der direkte Geschäftsverkehr von Gericht zu Gericht ist zulässig im Verhältnis zu Belgien, der Bundesrepublik Deutschland, Luxemburg, Österreich und - gestützt auf Gewohnheitsrecht - Fürstentum Liechtenstein (68).

62 Art.6 Abs.1 Ziff.3 Haager Abkommen; Guldener IZPR 18 Oben bei N.3; vgl. Martiny 382 N.2470.

63 Art.6 Abs.2 Haager Abkommen.

64 Ebenso das deutsche Recht : Martiny 382 bei N. 247.

65 Auch diese Zustellungsart wird von Art.271 StGB mit Strafe bedroht. Da jedoch das Recht des Zustellungsortes massgeblich ist, werden wir die private Ladung vor ein amerikanisches Gericht gegenüber einem in England wohnenden Beklagten als gehörig betrachten müssen, da diese vom englischen Recht als dem Recht am Zustellungsort zugelassen wird; vgl. Guldener IZPR 17 N.1.

66 Zusammenstellung in VPB 1985 Nr.16 S.107.

67 Zum Kollisionsrecht oben 2.4.3.

68 Zu besonderen Regelungen mit Frankreich, Italien, Ungarn und der Tschechoslowakei siehe VPB 1985 Nr.16 S.81; für übrige Staaten muss der konsularische bzw. der diplomatische Weg eingehalten werden; zum Verhältnis mit den USA vgl. Frei 200.

8. Gegenrecht

8.1.Vorbehalt des Gegenrechts

8.1.1.Begriff und Arten

Der Vorbehalt des Gegenrechts (1) besagt, dass ausländische Urteile (2) nur vollstreckt werden, wenn der Urteilsstaat seinerseits einheimische Entscheide unter ähnlichen Bedingungen vollstreckt.

Das Prinzip des Gegenrechts ist den meisten Kantonen (3) bekannt, wobei die konkrete Ausgestaltung doch sehr unterschiedlich ist. Im Gegensatz zu den übrigen Anerkennungsvoraussetzungen, die trotz verschiedener Formulierung in allen Kantonen ähnlichen Regeln folgen, ist das Gegenrecht tatsächlich von Kanton zu Kanton verschieden geregelt. Das Gegenrecht war früher (4) eine fast selbstverständliche Einrichtung, die jedoch zunehmend in Misskredit gerät. Das IPRG verzichtet auf dieses Erfordernis, wenn auch nicht ausnahmslos. Nur gerade die Anerkennung einer ausländischen Konkursöffnung - ein novum - wird nämlich vom Nachweis des Gegenrechts abhängig gemacht. Der Entscheid, ob Rechtshilfe gewährt wird, untersteht weiterhin kantonalem Recht, das stets Gegenrecht voraussetzt (5).

Der Vorbehalt des Gegenrechts kennt verschiedene Spielarten unterschiedlicher Intensität :

-
- 1 In der deutschen Lehre "Gegenseitigkeit" genannt; vgl. Stauffer passim; Raape/Sturm 356; Geimer/Schütze 1749 bei N.2.
 - 2 Aber auch etwa Gewährung von Rechtshilfe; vgl. § 116 Abs.2 GVG ZH; Guldener IZPR 20 oben; Keller/Siehr Lehren 602ff.
 - 3 ZH 302 Abs.1; BE 401 Abs.4; LU 325 Abs.2; UR 295 Abs.4; SZ 230 Abs.1; OW 295 Abs.1 lit.d; NW 249 Abs.3; ZG 225 Abs.2; FR 346 Abs.2 lit.e; SO 323 Abs.5; BS 258 Abs.4; AI 314; AG 378 Abs.2; TG 320; TI 511 Abs.2; VD 507 Abs.3; VS 383 Abs.2 Ziff.5; GE 472E lit.d; JU 394 Abs.4; vgl. Thorens 175.
 - 4 Zur Rechtsgeschichte im allgemeinen bei Schnitzer 900ff; Martiny 10; Riezler 50ff; für Zürich Strehler 54; zur Retorsion Gutzwiller in FS Mann 169ff.
 - 5 z.B. § 116 Abs.2 GVG ZH; Guldener IZPR 20f.

a) "Obligatorisches" Gegenrecht

In der strengsten Form bedeutet dieses Erfordernis, dass ein ausländisches Urteil nur dann anerkannt werden darf, wenn das Gegenrecht nachgewiesen wird (6). Ebenfalls "obligatorisch" kann das Gegenrecht sein, das als Versagungsgrund formuliert wird (7). Eine weitere Spielart stellt dem schweizerischen Anerkennungsrecht (8) unbekannte "administrativ verbürgte" Gegenrecht dar. Der Zweitstaat lässt in diesem Fall - zumeist durch die Exekutive - ein Verzeichnis erstellen, das festhält, gegenüber welchen Staaten Gegenrecht bejaht wird. Der Anerkennungsrichter ist an diese Liste gebunden (9).

b) "Fakultatives" Gegenrecht

Einige Zivilprozessordnungen legen die Entscheidung, ob das Gegenrecht im Einzelfall zu beachten ist, in das Ermessen des Vollstreckungsrichters (10) oder einer Drittbehörde (11). Diese Regelung hat zwar den Vorteil, dass diese Behörde legitimen Interessen der Partei Rechnung tragen kann, andererseits fehlen objektive Massstäbe, um die "Legitimität" der Interessen zu beurteilen. Das fakultative Gegenrecht hat etwas Willkürliches aber auch etwas Protektionistisches an sich : nicht ohne Grund nennt der Kommentar Sträuli/Messmer (12) legitime Interessen "z.B. (aber nicht ausschliesslich) eines Schweizers". So wird das Gegenrecht eine Art "Notbremse", dem ordre public nicht unähnlich, das "missliebige" Urteile im

6 OW 295 Abs.1 lit.d; FR 346 Abs.2 lit.e; VS 283 Abs.2 Ziff.5; vgl. auch SemJud 1975 607.

7 UR 295 Abs.4; BS 258 Abs.4; AI 314; vgl. Guldener IZPR 104 Ziff.2.

8 Vgl. jedoch Art.6 Abs.2 Urheberrechtsgesetz (SR 231.1) : "Erstmals im Ausland herausgegebene Werke von Ausländern sind nur geschützt, wenn und soweit das Land, in dem die Herausgabe erfolgt ist, den Schweizerbürgern ... in ähnlichem Umfang Schutz gewährt wie dieses Gesetz. Der Bundesrat stellt in für die Gerichte verbindlicher Weise fest, ob und in welchen Beziehungen ein Land dieser Anforderung entspricht"; Ein Beispiel betreffend USA : SR 231.5

9 § 79 der österreichischen Exekutionsordnung; § 52 der liechtensteinischen Exekutionsordnung; section 9 des britischen Judgement (Reciprocal Enforcement) Act.

10 ZH 302 Abs.1; SZ 230 Abs.1; NW 249 Abs.3; VD 507 Abs.3; Geimer/Schütze 1754.

11 BE 401 Abs.4; SO 323 Abs.5; JU 394 Abs.4; welche alle den Regierungsrat als zuständig erklären.

12 Sträuli/Messmer N.21 zu § 302 ZPO.

Interesse von Schweizern von der Vollstreckung ausschliessen soll (13).

c) "Elastisches" Gegenrecht

Der Zweitstaat anerkennt unter genau den gleichen Bedingungen und im gleichen Umfang, in dem der Urteilsstaat zweitstaatliche Urteile im konkreten Fall anerkennen würde. Diese Regelung ist unserem Recht unbekannt (14).

8.1.2. Unterschiede zwischen Anerkennung und Vollstreckung

Anerkennung und Vollstreckung sollten stets unter den selben Voraussetzungen gewährt werden. Die alte Zürcher Zivilprozessordnung sah aber noch vor, dass die Anerkennung im Gegensatz zur Vollstreckung ohne Rücksicht auf das Gegenrecht zu gewähren sei (15). Dies wurde damit begründet, dass die Anerkennung eine bloss passive Hinnahme des ausländischen Urteils darstelle und deshalb weniger streng zu handhaben sei (16). Heute ist dieser Unterschied beseitigt (17).

8.1.3. Rechtspolitische Motive

Die Gegenseitigkeit war lange Zeit die Grundlage des internationalen Rechts überhaupt und ist es auf einigen Gebieten, etwa bei der Rechtshilfe, bis heute geblieben.

Der Grundsatz "wenn ihr nicht, dann wir halt auch nicht" hat etwas sehr Verständliches und Natürliches an sich. Ob es tatsächlich als "unantastbares Prinzip der nationalen Würde" (18) betrachtet werden muss, ist allerdings mehr als fraglich. Es ist kein nationales Unglück, ein ausländisches Ur-

-
- 13 Das obligatorische Gegenrecht bewirkt, dass die Anerkennung ausländischer Urteile - bei fehlendem Gegenrecht - auch zu Ungunsten eines Schweizern verweigert werden muss; vgl. Guldener IZPR 105.
- 14 Art. 953 der spanischen Ley de enjuiciamiento civil; Art. 296 der ägyptischen Zivilprozessordnung; je von weiteren Rechten rezipiert; Geimer/Schütze 1757f; vgl. jedoch auch etwa die Regelung der USA, für das Einreisevisum eines Ausländers genau die Gebühr zu verlangen, die dessen Heimatstaat von amerikanischen Bürgern fordert.
- 15 § 377 Abs.1 altZPO ZH; Guldener IZPR 104 Ziff.3; Strehler 10.
- 16 Liechti 31 unten; Niedermann 31; Schauwecker 32.
- 17 ZH 191 Abs.3.
- 18 Süss in FS Rosenberg 241.

teil anzuerkennen, um der Gerechtigkeit zwischen den Parteien zum Durchbruch zu verhelfen, auch wenn das Urteilsgericht im umgekehrten Fall hierzu nicht bereit wäre. Man kann es nämlich auch anders herum sehen : es zeugt von einer gewissen Grösse, ausländische Urteile trotz fehlenden Gegenrechts zu vollstrecken. Im Gegensatz zum ordre public können mit Hilfe des Gegenrechtsvorbehalts - zumindest in seiner obligatorischen Ausprägung - nicht Urteile deswegen von der Vollstreckung ausgeklammert werden, weil sie unserem Rechtsdenken widersprechen. Das Gegenrecht garantiert nicht die Qualität der ausländischen Rechtsprechung. Es dürfte ein übereilter Schluss sein, eine ausländische Rechtsordnung, welche die Vollstreckung ausländischer Urteile nicht kennt, als Ganzes zu disqualifizieren.

8.1.4. Gleichheit und Gerechtigkeit

Es ist zuzugeben, dass der Vorbehalt des Gegenrechts den internationalen Rechtsverkehr behindert (19). Andererseits ist er eine Erscheinung des Gleichheitsprinzips. Wenn wir der im Ausland obsiegenden Prozesspartei eine Vollstreckung in der Schweiz versagen, weil das Gegenrecht nicht verbürgt ist, so bedeutet das doch nichts anderes, als dass wir sie mit der Gegenpartei im umgekehrten Verhältnis gleichstellen (20). Klagt der Käufer im Ausland den Kaufpreis ein und der Käufer in der Schweiz auf Lieferung der Kaufsache, so würde die Missachtung der Gegenseitigkeit zum stossenden Resultat führen, dass die eine Entscheidung an beiden, die andere nur an einem Ort beachtet wird. Dieses Beispiel ruft nach der Anwendung des Gegenrechts.

Andererseits sollte eine Gestaltungsklage (21) überall auf der Welt anerkannt werden, mag nun gegenüber dem Urteilsstaat Gegenseitigkeit bestehen oder nicht. Gleichheit ist aber

19 Guldener IZPR 105.

20 Andererseits ist die siegreiche Partei für das Fehlen des Gegenrechts nicht verantwortlich; Guldener IZPR 105 Ziff.6; Sträuli/Messmer N.21 zu § 302 ZPO; vgl. auch Martiny 78 bei N.491; Keller/Siehr Lehren 624.

21 Guldener ZPR 620 N.23 : "Es geht offensichtlich nicht an, eine im Ausland gerichtlich aufgelöste Gesellschaft um deswillen im Inland als noch bestehend zu betrachten, weil es an Gegenrecht fehlt."

nicht immer gleichzusetzen mit Gerechtigkeit. Was im Einzelfall "gerecht" erscheint, ist generell schwer zu beschreiben. So gesehen ist das Institut des fakultativen Gegenrechts (22) naheliegend, wenn man seine übrigen Nachteile wie fehlende Voraussehbarkeit und Gefahr der Willkür sowie Bevorzugung der Einheimischen in Kauf nehmen will.

8.1.5. Anreiz zur Gegenseitigkeit

Zumindest theoretisch stellt der Vorbehalt des Gegenrechts einen Anreiz zur Gegenseitigkeit dar. Die Drohung, ausländische Urteile nicht zu vollstrecken, wenn dies der Urteilsstaat nicht ebenfalls tut, soll gemäss dieser Auffassung (23) bewirken, dass der Partnerstaat seine Anerkennungspraxis liberalisiert. Es ist nicht leicht, die Stichhaltigkeit dieser These zu überprüfen. Mit wenigen Ausnahmen (24) ist bisher keine direkte Wirkung dieser Drohung feststellbar. Andererseits lebt die internationale Rechtshilfe von der Gegenseitigkeit. Auf dem Gebiet der internationalen Zustellung und Zeugenbefragung funktioniert dieses System weltweit (25).

8.2. Nachweis des Gegenrechts

8.2.1. Massstab und Beweislast

Die Regelungen sind verschieden. Das Gegenrecht kann als Vollstreckungsvoraussetzung verstanden werden (26). Dann ist es vom Vollstreckungskläger zu beweisen. Andererseits kann es ein Versagungsgrund (27) sein, dann trifft die Beweislast den Vollstreckungsbeklagten (28). Das Gegenrecht wird von Amtes

22 Bsp. ZH 302 Abs.1; oben 8.1.1. lit.b.

23 Guldener IZPR 92 Ziff.3b; Schauwecker 30; Raape/Sturm 356 bei N.72; ablehnend Süss in FS Rosenberg 237.

24 Vgl. den Brand von San Franzisko : unten 8.3.1; event. die Revision des bernischen ZPO : Stauffer in ZBJV 62 16 und oben 1.1.2.

25 Vgl. Elisabeth Kopp in Rechtshilfe in Strafsachen, Zürich 1986, S.9.

26 OW 295 Abs.1 lit.d; FR 346 Abs.2 lit.e; VS 383 Abs.2 Ziff.5.

27 ZH 302 Abs.1; BE 401 Abs.4; UR 295 Abs.4; SZ 230 Abs.1; NW 249 Abs.3; BS 258 Abs.4; AI 314; TG 320; GE 472E lit.d; vgl. Guldener IZPR 104 Ziff.2 am Ende.

28 Sträuli/Messmer N.22 zu § 302 ZPO; ZR 64 (1965) Nr.15; SJZ 62 Nr.171 S.301.

wegen überprüft (29). Es stellt - im Gegensatz zum Erfordernis der gehörigen Ladung - nicht eine Einrede des Vollstreckungsbeklagten dar, auf welche dieser verzichten könnte.

Gegenrecht ist gegeben, wenn der Urteilsstaat schweizerische Entscheide unter **ähnlichen** Bedingungen (Voraussetzungen, Verfahren) vollstreckt wie der Anerkennungskanton (30). Identische Voraussetzungen dürfen nicht verlangt werden, denn diese sind schon wegen der Verschiedenheit der Zivilprozessrechte nie gegeben (31). Wo jedoch im Erststaat eine *révision au fond* möglich ist oder der *ordre public*-Vorbehalt extensiv ausgelegt wird, kann von einer Anerkennung nicht die Rede sein, Gegenseitigkeit fehlt (32). Die Form des ausländischen Exequaturverfahrens spielt hierbei keine Rolle. In Extremfällen jedoch, wenn die Verfahrensdauer oder die Belastung durch Prozesskosten übermässig wird und eine Anerkennung wenn nicht aus rechtlichen, so doch aus praktischen Gründen ausgeschlossen scheint, kann die Gegenseitigkeit nicht mehr bejaht werden (33).

Es genügt, dass Gegenrecht für ein gleichartiges schweizerisches Urteil nachgewiesen ist, es ist nicht nötig, dass der betreffende Staat alle schweizerischen Urteile vollstreckt. Mit anderen Worten : bereits **partiell**es Gegenrecht genügt (34). Es ist nämlich nicht einzusehen, warum es für die Vollstreckbarkeit eines handelsrechtlichen Leistungsurteils von Bedeutung sein sollte, ob der Urteilsstaat auch schweizerische Scheidungsurteile anerkennt oder nicht.

29 Raape/Sturm 356 bei N.79.

30 Guldener IZPR 103 unten; Europarat 105; Kaufmann-Kohler 227; Raape/Sturm 356 lit.a.

31 Geimer/Schütze 1760; Rosenberg/Schwab 956.

32 Guldener IZPR 103; Geimer/Schütze 1772ff; Riezler 554.

33 Geimer/Schütze 1777f.

34 Guldener ZPR 619 N.20d; Riezler 554; Geimer/Schütze 1767; Raape/Sturm 356 bei N.78.

8.2.2. Nachweis

Entscheidend ist die **tatsächliche Praxis** des Urteilsstaates, nicht etwa bloss dessen gesetzliche Regelung (35). Auch bei gleichen Prinzipien kann die Wirklichkeit sehr verschieden sein. So können die Zuständigkeitsregeln des ausländischen Staates derart einschränkend sein, dass von Gegenrecht nicht mehr gesprochen werden kann (36).

Am Gegenrecht fehlt es auch dann, wenn der Urteilsstaat seinerseits das Erfordernis des Gegenrechts fordert und in Bezug auf die Schweiz als nicht erfüllt betrachtet (37). Diese Regelung kann jedoch zu einem *circulus vitiosus* führen, indem sich eine Gegenseitigkeit nicht bilden kann, da jeder Staat wartet, bis der andere seine Urteile anerkennt (38).

Der Nachweis des Gegenrechts stösst in praxi auf Schwierigkeiten. Es ist für den Exequaturrichter nicht leicht, das Vorhandensein des Gegenrechts zu beurteilen. Ausländisches Vollstreckungsrecht ist zumeist nicht genau bekannt. Es genügt ja nicht, dass man die ausländischen Gesetze konsultiert, auch wenn schon dies aus sprachlichen Gründen nicht immer leicht ist. Am einfachsten gelingt der Nachweis des Gegenrechts, wenn Präjudizien vorhanden sind (39). Fehlen solche, muss die Vollstreckungsbereitschaft abgeklärt werden. Dies geschieht durch Gutachten oder durch Rechtsauskünfte (40). Dies kann recht kostspielig sein und die Vorteile der Vollstreckung gegenüber einem ordentlichen Zweitprozess wieder zunichte machen (41). Im Verhältnis zu unseren Nachbarländern stellt sich die Frage wegen des Vorhandenseins von Staatsverträgen nicht (42).

35 Raape/Sturm 356 bei N.75.

36 Guldener IZPR 103f.

37 Guldener IZPR 103.

38 Grübler 83; Stauffer 10.

39 Deren Vorhandensein darf jedoch nicht verlangt werden; vgl. BJM 1977 153; BJM 1966 254; Guldener IZPR 104; Kaufmann-Kohler 229; vgl. etwa Panchaud/Caprez § 117 II S.301ff.

40 Europäisches Übereinkommen betr. Rechtsauskünfte; SR 0.434.2; Geimer/ Schütze 1762f.

41 Ein solcher ist unter Umständen zulässig; unten 12.4.4.

42 Anderer Ansicht Niedermann 55 bei N.79.

8.2.3. Verhältnis zu den Staatsverträgen

Im Anwendungsbereich von Staatsverträgen hat das Gegenrecht aus zwei Gründen keinen Platz : Die ratio contrahendi liegt gerade in der Vereinbarung der Gegenseitigkeit. Hinzu kommt, dass die Staatsverträge als Teil des Bundesrechts die kantonrechtlichen Gegenrechtsvorbehalte verdrängen (43).

Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine Vollstreckung von Urteilen aus Staaten, mit denen die Schweiz einen Staatsvertrag abgeschlossen hat aufgrund des Garantieprinzips gerade unter den Voraussetzungen des Staatsvertrages zu gewähren, nicht jedoch auch aufgrund des autonomen, kantonalen Rechts (44). Folgt man dem Günstigkeitsprinzip, stellt sich die Frage, ob die Staatsverträge auch ausserhalb ihres Anwendungsbereichs als Beweis des Gegenrechts dienen können. Dies ist zu verneinen (45), denn das Gegenrecht muss ja gerade für die in Frage stehende Urteilsart gegeben sein. Es genügt nicht, dass nachgewiesen wird, der Urteilsstaat anerkenne überhaupt irgendwelche schweizerischen Urteile. Fällt ein Urteil aus dem Anwendungsbereich des betreffenden Staatsvertrages, kann dieser auch nicht als Beweis des Gegenrechts dienen. Es ist vielmehr abzuklären, ob gerade dieses Urteil - wäre es ein schweizerisches - im Urteilsstaat vollstreckt würde.

8.3. Kritik

8.3.1. Erfahrungen

Das Gegenrecht spielt in der Vollstreckungspraxis eine untergeordnete Rolle. Die meisten anzuerkennenden Urteile kommen ohnehin aus den Nachbarstaaten, mit denen Vollstreckungsverträge geschlossen wurden. Im Verhältnis zu den wichtigeren Handelspartnern gibt es Präjudizien, die das Gegenrecht belegen. Die Frage des Gegenrechts stellt sich somit nur im Ver-

43 Vorrang des Bundesrechts, Art.2 UebB BV.

44 Oben 2.4.5.

45 Anderer Ansicht Niedermann 55 bei N.79 und Raape/Sturm 356 bei N.76.

hältnis zu Staaten, aus denen nur ausnahmsweise Urteile zu vollstrecken sind.

Ob der Vorbehalt des Gegenrechts dazu geführt hat, dass andere Staaten ihre Vollstreckungspraxis gegenüber schweizerischen Urteilen liberalisierten, ist nur schwer zu beurteilen. Es ist immerhin denkbar, dass der Abschluss von Vollstreckungsverträgen hierdurch mitbeeinflusst worden ist. Zu welch grotesken Folgen der Vorbehaltes des Gegenrechts führen kann sei am berühmten Fall des Brandes von San Franzisko dargelegt (46). Im Gefolge des grossen Erdbebens und Brandes von San Franzisko vom 18. April 1906 belangten zu Schaden gekommene Amerikaner eine deutsche Versicherungsgesellschaft vor dem zuständigen kalifornischen Gericht. Das Vermögen der dortigen Zweigniederlassung reichte zur Deckung nicht aus, so dass das Urteil auch am Hauptsitz der Gesellschaft in Deutschland vollstreckt werden sollte. Um das Gegenseitigkeitserfordernis der deutschen Zivilprozessordnung zu erfüllen, wurde kurzerhand die kalifornische Zivilprozessordnung revidiert. Diese offensichtlich missbräuchliche ad-hoc-Gesetzesrevision führte dennoch nicht zum gewünschten Ergebnis; das deutsche Reichsgericht verweigerte die Vollstreckung, wenn auch mit ebenfalls nicht überzeugenden Argumenten.

46 Urteil des deutschen Reichsgerichtes vom 26.3.1909 in den Entscheidungen des deutschen Reichsgerichtes in Zivilsachen 70 Nr. 109 S.434ff; hierzu Süss in FS Rosenberg 239ff; Geimer/Schütze 1752 bei N.17 mit weiteren Nachweisen; Martiny 47 bei N.292.

8.3.2. Kritik der Lehre

Die wohl herrschende schweizerische Lehre (47) lehnt den Vorbehalt des Gegenrechts als unnötig und als unnütze Erschwerung des internationalen Rechtsverkehrs ab, sowohl in der obligatorischen wie auch in der fakultativen Form.

Das neue IPR-Gesetz verzichtet deshalb auf dieses Erfordernis. Im Hinblick auf die Beibehaltung dieses Vorbehaltes bezüglich der Anerkennung ausländischer Konkursöffnungen führt die Botschaft zum IPRG (48) Erstaunliches aus (49) :

"In verschiedenen Eingaben der Vernehmlassung ist das Gegenrecht als unabdingbare Voraussetzung für die Anerkennung ausländischer Konkursdekrete bezeichnet worden. Auf dem Gebiet des internationalen Konkursrechts führen einseitige Vorleistungen letztlich nur zu noch grösseren Ungleichheiten. Ohne eine gewisse zwischenstaatliche Kooperation ist nicht auszukommen. Das Erfordernis der Gegenseitigkeit kann dazu beitragen, die Kooperationsbereitschaft zu verbessern. In diesem Sinn hat sich der Bundesrat zur Aufnahme des Vorbehalts entschlossen."

Sollte dies zutreffen, so ist aber nicht einzusehen, warum bei der Anerkennung sonstiger ausländischer Entscheide nicht Gleiches gelten sollte. Denn auch dort müsste richtig sein, dass einseitige Vorleistungen - ohne Rücksicht auf Gegenseitigkeit - nur zu Ungleichheiten führen.

47 Guldener IZPR 105 Ziff.6; Kaufmann-Kohler 229; Sträuli/Messmer N.21 zu § 302 ZPO; Keller/Siehr Lehren 624; ebenso die neuere deutsche Lehre : Geimer/ Schütze 1752 mit Zitaten; Gottwald in Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Bielefeld) 1984 60 bei N.49; aber auch schon Süss in FS Rosenberg 234; vgl. auch die bei Rosenberg/Schwab 956f Zitierten; jedoch Raape/Sturm 356.

48 Botschaft 451f.

49 Hierzu kritisch : H.U. Walder-Bohner, Die international konkursrechtlichen Bestimmungen des Entwurfes des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) und die Auswirkungen auf die konkursrechtliche Praxis in der Schweiz, in der Liechtensteinischen Juristen-Zeitung 7 (1986) 51ff (de lege lata et ferenda).

8.3.3.Eigene Meinung

Das Gegenrecht erscheint zumindest in emotionaler Hinsicht als etwas Selbstverständliches. Jedem Laien lässt sich ohne Schwierigkeiten erklären, dass wir nur dann ausländische Urteile anerkennen sollten, wenn dies der betreffende Staat ebenfalls tut. Auf der anderen Seite ist der Nachweis des Gegenrechts mit grossen praktischen Unzulänglichkeiten behaftet und kann zu stossenden Ungerechtigkeiten gegenüber dem Sieger des ausländischen Erkenntnisverfahrens führen, welcher für die Haltung des Urteilsstaates schliesslich nicht verantwortlich ist (50). Diese Schwierigkeiten kann man zwar dadurch umgehen, dass man das fakultative Gegenrecht einführt und die Beweislast dem Vollstreckungsbeklagten auferlegt. Dies kann zwar zu grösserer Einzelfallgerechtigkeit führen, es beinhaltet jedoch ein willkürliches Element und gefährdet deshalb die Rechtssicherheit in erheblichem Masse. Die Voraussehbarkeit des Anerkennungsentscheides wird stark vermindert.

Trotz Bedenken, einen, wenn auch nicht immer stechenden, Trumpf aus der Hand zu geben, bin ich der Auffassung, dass auf das Erfordernis des Gegenrechts verzichtet werden sollte (51).

50 Guldener IZPR 105; Sträuli/Messmer N.21 zu § 302 ZPO; Keller/Siehr Lehren 624.

51 Stauffer 20 : "Allein eine Waffe, welche die Möglichkeit eines Erfolges in sich schliesst ist doch zweifellos besser als gar keine Waffe."

9.Ordre public

9.1.Grundgedanke der Vorbehaltsklausel

9.1.1.Begriff und Funktion

Der Vorbehalt des ordre public besagt im Anerkennungsrecht, dass ein ausländisches Urteil nicht vollstreckt wird, wenn es gegen wesentliche Grundsätze der schweizerischen Rechtsordnung verstösst oder unter Verletzung solcher Grundsätze zustandegekommen ist (1).

Der ordre public greift nach einer bestbekannten und vielzierten Definition des Bundesgerichtes (2) einmal dann ein, wenn "das einheimische Rechtsgefühl durch die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Urteils in unerträglicher Weise verletzt würde, weil durch dieses Urteil grundlegende Vorschriften der schweizerischen Rechtsordnung missachtet werden". Dies ist der Vorbehalt des materiellen ordre public. Eine Kollision des Inhalts des Urteils mit dem einheimischen materiellen Recht erscheint in diesem Falle unerträglich.

Bei Verletzung fundamentaler Parteirechte im Urteilsverfahren kommt hingegen der prozessuale ordre public zur Anwendung. Dieser betrifft nicht die Entscheidung als solche, sondern das Verfahren, das zu diesem Erkenntnis geführt hat.

Diese beiden Aspekte des ordre public weichen in mancher Hinsicht voneinander ab, so dass sie im folgenden einzeln darzustellen sind.

-
- 1 Vgl. etwa ZH 302 Abs.1; es genügt insbesondere nicht, dass der Entscheid unrichtig ist oder auf einem fehlerhaften Verfahren beruht, Guldener IZPR 101 bei N.54; vgl. Panchaud/Caprez 320ff.
 - 2 BGE 103 Ia 204; ähnlich : 107 Ia 199; 102 Ia 313; 103 Ia 532; 98 Ia 533; 97 I 158, 256; ZR 57 (1958) 352; BJM 1977 157; SemJud 1977 603.

9.1.2. Der ordre public als bundesrechtlicher Vorbehalt

Die Vorbehaltsklausel ist in dieser oder jener Form in den meisten Zivilprozessordnungen (3) und Staatsverträgen enthalten (4). Nach unbestrittener Lehre und Rechtsprechung (5) ist der Vorbehalt des ordre public ein allgemeingültiges ungeschriebenes Prinzip des Bundesrechts. Das Schutzobjekt des ordre public ist die schweizerische, nicht etwa eine kantonale Rechtsüberzeugung (6).

Dies hat zur Folge, dass sich die Kantone auch in jenem Bereich daran zu halten haben, in dem sie selbst die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile regeln. Sie können zwar beliebig strenge Anforderungen stellen, müssen jedoch mindestens die Übereinstimmung mit dem schweizerischen ordre public verlangen (7). Mit anderen Worten : ein ausländisches Urteil, das den schweizerischen ordre public verletzt, darf von Bundesrechts wegen nirgends in der Schweiz beachtet werden (8).

9.1.3. Umfang der Überprüfung

Bei der ordre public-Prüfung ist der Anerkennungsrichter in rechtlicher wie auch tatsächlicher Hinsicht frei (9). Er ist an die Feststellungen des Urteilsrichters auch dann nicht gebunden, wenn eine révision au fond ausdrücklich verboten ist

-
- 3 ZH 302 Abs.1; BE 401 Abs.2 Ziff.4; UR 295 Abs.2 lit.d; SZ 230 Abs.1; OW 295 Abs.1 lit.c; NW 249 Abs.3; ZG 225 Abs.3 Ziff.4; FR 346 Abs.2 lit.d; SO 323 Abs.2 lit.d; BS 258 Abs. 5; SH 400 Ziff.4; AR 287 Abs.2 lit.a; GR 291 Abs.2 Ziff.4; TI 511 Abs.2; VD 507 Abs.2 lit.d; VS 383 Abs.2 Ziff.4; NE 505 lit.b; GE 472E lit.c; JU 394 Abs.2 Ziff.4.
 - 4 Belgien 1 Abs.1 lit.a; Deutschland 4 Abs.1; Frankreich 17 Abs.1 Ziff.3; Italien 1 Abs.1 Ziff.2; Liechtenstein 1 Abs.1 Ziff.1; Österreich 1 Abs.1 Ziff.2; Schweden 4 Ziff.2; Spanien 6 Ziff.3; Tschechoslowakei 1 Abs.1 Ziff.2.
 - 5 Guldener IZPR 96; Niedermann 113; BGE 90 I 118; 87 I 194; 81 I 327; anderer Ansicht Rosenberg/Schwab 955 unten.
 - 6 Sträuli/Messmer N.17 zu § 302 ZPO; Niedermann 108 und 113; BGE 90 I 118; 87 I 194; 81 I 327.
 - 7 Niedermann 99.
 - 8 Sanktion : staatsrechtliche Beschwerde; vgl. Niedermann 114.
 - 9 Guldener IZPR 156 N.137; Probst 118; Niedermann 116.

(10). Diese Überprüfungsbefugnis muss als unumgängliche und selbstverständliche Ausnahme vom Verbot der *révision au fond* angesehen werden (11). Einige Staatsverträge (12) sehen diese Ausnahme sogar *expressis verbis* vor.

Andererseits wird der Anerkennungsrichter zumindest der Tatsachenermittlung des Urteilsrichters nicht ohne Not misstrauen, so dass die Partei, welche deren Unrichtigkeit behauptet, beweispflichtig werden dürfte (13). Die Rechtsanwendung prüft er hingegen in jedem Falle frei.

9.1.4. Relativität des ordre public

Die Strenge des Massstabs, der an die ordre public-Konformität gelegt wird, ist von der Nähe des Sachverhalts zum Anerkennungsstaat, der sogenannten "Binnenbeziehung" abhängig (14). Die Unerträglichkeit der ausländischen Entscheidung ist nämlich dann grösser oder zumindest stossender, wenn die Beteiligten oder das Streitobjekt mit der Schweiz verbunden sind. Diese Verbundenheit hat eine materielle und eine temporale (15) Komponente. Die Binnenbeziehung kann darin bestehen, dass eine oder beide Parteien Schweizer sind, in der Schweiz wohnen, die Streitsache im Inland liegt oder sogar nur darin, dass schweizerisches materielles Recht angewendet wurde. Je geringer die Binnenbeziehung ist, um so toleranter darf und muss der Anerkennungsstaat sein. Allerdings sind auch diesem Grundsatz Grenzen gesetzt. Von einem gewissen Grad der Unvereinbarkeit mit unserer Rechtsordnung an darf das ausländische Urteil im Inland unter keinen Umständen anerkannt werden, auch wenn die Binnenbeziehung vollständig fehlt (16). So dürfte der durch ein ausländisches Gericht

10 BS 258 Abs.5; Belgien 3; Deutschland 5; Frankreich 17 Abs.1; Italien 4 Abs.2; Liechtenstein 3; Österreich 5 Abs.2; Schweden 6; Spanien 5 Abs.1; Tschechoslowakei 3 Abs.2; nicht jedoch New York.

11 Niedermann 117; Jellinek 190ff; Storck 49; Geimer Prüfung 42; BGE 61 I 277; Probst 97; Strehler 42.

12 Deutschland 5; Italien 4 Abs.1; Schweden 6.

13 Art.8 ZGB; Guldener IZPR 117 bei N.119.

14 Niedermann 156; Kallmann 234; Geimer/Schütze 1589.

15 Die temporale Komponente ist eine Eigenheit des Anerkennungsrechts, die im IPR keine Entsprechung hat; Niedermann 63, 156 und 180ff.

16 Niedermann 157.

geschützte Darlehenszins von 30% dann unerträglich hoch sein, wenn eine Partei in der Schweiz wohnt, nicht jedoch dann, wenn nur ausländische Parteien beteiligt sind und ein solcher Zins am Erfüllungsort nicht als wucherisch gilt. Von 60% Jahreszins (17) an dürfte eine Anerkennung in der Schweiz in keinem Fall mehr in Frage kommen, da derart hohe Zinsen vor unserem ordre public nicht standhalten.

9.2. Der materielle ordre public

9.2.1. Begriff und Funktion

Der materielle ordre public dient der Abwehr ausländischer Entscheidungen, deren **Inhalt** mit fundamentalen Grundsätzen unserer Rechtsordnung unvereinbar ist. Es geht hier immer nur um das Ergebnis der ausländischen Rechtsfindung, nicht um die angewandten Rechtssätze als solche (18).

Auch untolerierbare Rechtsnormen können im Einzelfall zu einem "richtigen" Ergebnis führen. Es besteht dann kein Grund, dieses unter Berufung auf den ordre public anzufechten. Andererseits können auch Rechtsnormen, die mit unseren vergleichbar sind, im Einzelfall zu unerträglichen Ergebnissen führen. Allerdings wird das Ergebnis nicht daraufhin geprüft, ob es richtig ist, d.h. ob das Urteilsgericht den Sachverhalt korrekt festgestellt und die Rechtsnormen richtig angewendet hat, sondern nur, ob der Entscheid mit der schweizerischen Rechtsordnung vereinbar oder aber aus unserer Sicht unerträglich ist. Es findet keine Nachprüfung sondern eine Wertung statt.

Handelsrechtliche Entscheide ausländischer Gerichte, die mit dem schweizerischen materiellen ordre public unvereinbar sind, sind recht selten (19). Das Handelsrecht wird in starkem Masse von der Parteiautonomie und der Vertragsfreiheit beherrscht, und zwar weltweit, so dass substantielle Abweichungen in der Sache selbst nicht häufig sind.

17 Um die Inflation am Zahlungsort bereinigt.

18 BGE 103 Ib 69; 84 I 122; Niedermann 167; Sträuli/Messmer N.17 zu § 302 ZPO; Staehelin 582; Botschaft 313; Keller/Siehr Lehren 622.

19 Kaufmann-Kohler 231; Beispiele bei Liechti 45.

Der materielle ordre public käme etwa dann zur Anwendung, wenn Forderungen aus Spiel und Wette (20), aus - gemessen mit schweizerischen Massstäben - krass unsittlichen oder sonstwie nichtigen Verträgen geschützt würden oder etwa dann, wenn Mäklerlohn aus Heiratsvermittlung oder ein Wucherzins (21) zu vollstrecken wäre. Die deutsche Praxis hat zudem die Verfallklausel beim Pfandrecht oder die Unverjährbarkeit einer Forderung als mit dem ordre public unvereinbar betrachtet (22). Keiner dieser Fälle ist aus schweizerischer Sicht jedoch derart gravierend, dass die Entscheidung unter keinen Umständen anerkannt werden könnte. Vielmehr ist die Intensität der Binnenbeziehung entscheidend. In weiteren Fällen überschneidet sich das Anwendungsgebiet des materiellen ordre public mit demjenigen des Grundsatzes der Nichtvollstreckung ausländischer öffentlich-rechtlicher Entscheide (23). Entschädigungslose Verstaatlichungen, "treble damages" in Anti-Trust und Produktheftpflichtfällen (24), Forderungen, die sich auf devisenrechtliche Bestimmungen oder auf Embargos (25) stützen, werden nicht vollstreckt. Einerseits deshalb, weil sie öffentlich-rechtlicher Natur sind, andererseits, weil sie dem einheimischen ordre public widersprechen.

20 Art.513 OR; vgl. BGE 61 I 275; Probst 98.

21 Wucherzins ist nicht schon anzunehmen, wenn die gemäss Konkordat gegen Missbräuche im Zinswesen oder dem zürcherischen EGZGB für das innerstaatliche Verhältnis gesetzte Grenze von 18% Jahreszins überschritten ist.

22 Weitere Beispiele bei Probst 98.

23 Oben 4.2.

24 Oben 4.5.2. und 4.5.3.

25 BGE 60 II 310; anders BJM 1968 137 (Devisenrecht); vgl. etwa das 1982 von den USA verhängte Embargo betreffend Technologielieferungen an die sibirische Erdgaspipeline oder das Einfrieren iranischen Vermögens im Jahre 1979; vgl. Robert B. Owen, Extraterritorial application of US trade and financial controls: freezings, vestings, embargoes etc, im WuR Sonderheft 2/3 1983, S.142ff.

9.2.2. Beachtung von Amtes wegen

Es ist unbestritten (26), dass die Verletzung des materiellen ordre public (27) von Amtes wegen zu beachten ist. Dies rührt daher, dass hier Interessen des Zweitstaates und nicht nur der beteiligten Parteien auf dem Spiel stehen. Da es die Souveränität des Anerkennungsstaates verletzt, ausländische Entscheide zu vollstrecken, die seinem eigenen Recht in unerträglicher Weise widersprechen, muss er die Möglichkeit haben, auch ohne Einreden des Vollstreckungsbeklagten die Übereinstimmung mit seinem eigenen ordre public zu überprüfen und bei Verletzung die Anerkennung abzulehnen. So soll der schweizerische Richter nicht gezwungen sein, ein schlicht unhaltbares Urteil anzuerkennen, nur weil es der Beklagte unterlässt (28), den ordre public anzurufen. Auch das IPRG sieht vor, dass der materielle ordre public ex officio überprüft wird (29).

9.2.3. Objekt der Überprüfung

Anerkannt und vollstreckt wird grundsätzlich nur das Dispositiv, da nur dieses in Rechtskraft erwachsen kann (30). Die ordre public-Prüfung kann sich jedoch nicht auf das Dispositiv beschränken, da dieses zumeist "neutral" ist. Die Urteilserwägungen und eventuell auch Tatsachen ausserhalb des Prozesses können - ja müssen zumeist - in die Überprüfung mit einbezogen werden. Lautet das Dispositiv etwa auf Herausgabe von Aktien, verletzt dieser Befehl an sich zweifellos den materiellen ordre public nicht. Erst aus den Erwägungen kann sich ergeben, dass dieser Befehl die Folge einer entschädigungslosen Enteignung darstellt.

26 Guldener IZPR 117; Kallmann 271; Niedermann 114 und 119; Probst 97 und 136; Jellinek 210.

27 Anders beim prozessualen ordre public; unten 9.3.3.

28 Bzw. wegen Säumnis verhindert ist, diese Einwendung vorzubringen.

29 Art. 25 Abs. 1 IPRG.

30 Sträuli/Messmer N.9 zu § 191 ZPO; BGE 71 II 284; vgl. unten 11.1.

9.2.4. Verhältnis zum kollisionsrechtlichen ordre public

Im Gegensatz zum prozessualen ordre public, der dem IPR unbekannt ist, entspricht der materielle ordre public des Anerkennungsrechts im wesentlichen dem ordre public-Begriff des schweizerischen IPR (31). Der ordre public wurde im Vollstreckungsrecht entwickelt und vom IPR übernommen. Allerdings ist der Massstab der ordre public-Widrigkeit im Vollstreckungsrecht weniger streng (32). Die Begründung liegt darin, dass durch den ausländischen Entscheid ein fait accompli geschaffen wurde, zu dem sich der Anerkennungsrichter nicht ohne Not in Widerspruch setzen sollte. Deshalb will die Lehre vom "**effet atténué**" (33) den ordre public-Vorbehalt nur dann anwenden, wenn die Unverträglichkeit offensichtlich ist.

Der schweizerische Richter, der direkt ausländisches Recht anwendet, ist freier. Er ist nämlich im Regelfall die erste und vielleicht auch die einzige Instanz, die in dieser Sache Recht spricht. Mit seiner Entscheidung greift er auch nicht in wohlerworbene Rechte (34) ein. Der Vollstreckungsrichter hingegen schafft durch die Anwendung der ordre public-Klausel automatisch eine hinkende Rechtslage indem er Widersprüche zu Rechtsverhältnissen schafft, die im Ausland bereits Wirkungen entfaltet haben (35).

9.2.5. Verhältnis zum zwingenden Recht

Die innerstaatliche Unterscheidung von zwingendem und dispositivem Recht hat für den ordre public keine direkten Folgen. Insbesondere sind die "grundlegenden Prinzipien der schweizerischen Rechtsordnung" im Sinne des ordre public-Vorbehal-

31 Niedermann 106 und 167; zum ordre public-Begriff des IPR: Vischer/von Planta 20ff.

32 Staehelin Staatsverträge 581; Kaufmann-Kohler 231; Sträuli/Messmer N.17 zu § 302 ZPO; Kallmann 236; BGE 103 Ib 72; 102 Ia 313 E.5; 98 Ia 533 E.3b; 97 I 157 E.5; 97 I 256 E.6; 96 I 391; ZR 57 (1958) Nr.154; 72 (1973) Nr.32; 79 (1980) Nr.16 E.8; Panchaud/Caprez 321; Raape/Sturm 355 lit.d; Geimer/Schütze 1583; Schnitzer 904.

33 Niedermann 178 mit Nachweisen; Kallmann 228 N.1; Keller/Siehr Lehren 623.

34 Hierzu vgl. Schlussbericht 35; Kaufmann-Kohler 231.

35 Niedermann 178f.

tes nicht mit den zwingenden Bestimmungen des schweizerischen materiellen Rechts identisch.

Eine Norm kann zwar wichtig genug sein, um im Inland zwingend zu sein und dennoch nicht derart grundlegend, dass eine Verletzung durch ein ausländisches Urteil stossend wäre (36). So führt im innerstaatlichen Recht bsp. die fehlende öffentliche Beurkundung zur Nichtigkeit der Bürgschaft. Dennoch gehört diese Norm (37) weder zum kollisionsrechtlichen noch zum vollstreckungsrechtlichen ordre public (38).

9.2.6. Verhältnis zu den guten Sitten

Art.20 Abs.1 OR besagt, dass ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstösst, nichtig ist. Dieser Vorbehalt der guten Sitten ist ein Mittel in der Hand des Richters, im voraus nicht erfassbaren Erscheinungen des Rechtslebens, die mit fundamentalen Prinzipien der Rechtsordnung in Widerspruch stehen, die Rechtsbeständigkeit zu versagen (39). Diese Generalklausel erfüllt innerhalb des materiellen Rechts also eine ähnliche Funktion, wie der ordre public im internationalen Recht, insbesondere auch im Vollstreckungsrecht. Beide dienen der Verwirklichung der Gerechtigkeit.

Der Unterschied der beiden Generalklauseln liegt darin, dass der Vorbehalt der guten Sitten keine Relativität kennt, der ordre public zeitlich und räumlich relativ ist (40).

Eine Forderung aus Spiel und Wette findet vor keinem schweizerischen Gericht Rechtsschutz. Wurde in einem ausländischen Verfahren eine derartige Forderung rechtskräftig geschützt, ist im Hinblick auf die Vollstreckung die sogenannte Binnenbeziehung entscheidend (41). Bei starker Inlandbeziehung (42)

36 Gleicher Meinung Storck 53; ebenso die bundesgerichtliche Praxis, vgl. BGE 103 Ia 532 E.3a; 100 II 112.

37 Art.493 OR.

38 BGE 93 II 382.

39 Liechti 45; Keller/Siehr Einführung 15f.

40 Keller/Siehr Einführung 15f; oben 9.1.4.; Vischer/von Planta §4.

41 Guldener IZPR 102 N.55 hält die Anerkennung eines Urteils, das eine Forderung aus Spiel und Wette schützt, unter Hinweis auf BGE 61 I 276 für in jedem Fall ausgeschlossen; ebenso Liechti 45; Raape/Sturm 355 bei N.70.

42 Einer der Spieler ist Schweizer.

kann das ausländische Urteil wegen Verletzung des einheimischen ordre public nicht vollstreckt werden. Bei schwacher Inlandsbeziehung (43) wird das selbe Urteil wohl vollstreckt werden müssen. Ein schwerwiegender Verstoss (44) gegen die guten Sitten verletzt den einheimischen ordre public jedoch immer (45).

9.3. Der prozessuale ordre public

9.3.1. Begriff und Bedeutung

Im Gegensatz zum materiellen ordre public, der Entscheide mit einem unerträglichen Inhalt von der Vollstreckung ausschliesst, betrifft der prozessuale ordre public Entscheide, die in einem **unfairen Verfahren** zustandegekommen sind. Dass auch Verfahrensverstösse den inländischen ordre public verletzen können, hat das Bundesgericht lange offen gelassen (46), seit BGE 85 I 39ff bejaht es jedoch die Existenz eines prozessualen ordre public in ständiger Rechtsprechung (47). Der prozessuale ordre public ist eine Eigenheit des Vollstreckungsrechts und findet im IPR naturgemäss keine Entsprechung, da bei letzterem keine ausländischen Gerichte beteiligt sind.

Im Gegensatz zum materiellen ordre public, dessen Anrufung im internationalen Handelsrecht eine Seltenheit darstellt, ist die Berufung auf den prozessualen ordre public an der Tagesordnung. Dementsprechend besteht hier auch eine reiche Praxis. Der prozessuale ordre public wird nämlich von vielen Vollstreckungsbeklagten gleichsam als letzter Rettungsversuch angerufen, wenn an den übrigen Vollstreckungsvoraussetzungen nicht zu rütteln ist. Jedes Abweichen von der einheimischen

43 Es sind nur Ausländer beteiligt, einzige Beziehung zur Schweiz ist ein Bankkonto, in das vollstreckt werden soll.

44 Etwa ein offensichtlich rassistisch begründetes Urteil; Guldener IZPR 102 N.56.

45 Guldener IZPR 102 oben; ausdrücklich BE 401 Abs.2 Ziff.4; UR 295 Abs.2 lit.d; ZG 225 Abs.3 Ziff.4; FR 346 Abs.2 lit.d; SO 323 Abs.2 lit.d; BS 258 Abs.5; SH 400 Ziff.4; GR 291 Abs.2 Ziff.4; VS 383 Abs.2 Ziff.4; GE 472E lit.c; JU 394 Abs.2 Ziff.4.

46 BGE 63 I 301; 72 I 275; 78 II 247; 84 I 46 E.4; Niedermann 105.

47 BGE 107 Ia 199; 102 Ia 313; 103 Ia 532; 98 Ia 533; 97 I 158.

Regelung lässt sich nämlich mit etwas "gutem Willen" als mit dem schweizerischen ordre public nicht vereinbar darlegen. Im krassen Gegensatz zur Häufigkeit der Anrufung steht die Erfolgsquote. Die Urteile, die in Handelssachen eine Verletzung des einheimischen prozessualen ordre public feststellen, sind nämlich selten.

Diese Feststellung bedarf jedoch sogleich einer Einschränkung. In der vorliegenden Arbeit werden nämlich zwei Aspekte, die ihre Wurzeln im prozessualen ordre public haben, als eigenständige Anerkennungsvoraussetzungen behandelt. Es handelt sich hierbei um die gehörige Ladung (48) einerseits und das Fehlen einer inländischen res iudicata bzw. Litispendenz (49) andererseits. Diese beiden Erfordernisse sind auch in Handelssachen sehr aktuell. Gerade wegen ihrer Bedeutung werden sie von einigen Rechtsquellen wie hier als selbständige Anerkennungsvoraussetzungen betrachtet.

9.3.2. Objekt der Überprüfung

Eine Verletzung des prozessualen ordre public ist im Normalfall weder aus dem Dispositiv noch aus den Erwägungen ersichtlich, sondern muss von der beschwerten Partei mit anderen Beweismitteln dargelegt werden. Eine solche Überprüfung verstösst keineswegs gegen das Verbot der révision au fond, da weder die richtige Tatbestandsermittlung noch Rechtsanwendung durch das Urteilsgericht Überprüfungsthema ist, sondern die Unvereinbarkeit des ausländischen Verfahrens mit grundlegenden Gerechtigkeitsvorstellungen unserer Rechtsordnung.

48 Oben 7.1.; Sträuli/Messmer N.18 zu § 302 ZPO betrachtet das Erfordernis der gehörigen Ladung als Teil des prozessualen ordre public.

49 Unten 10.2.

9.3.3.Überprüfung von Amtes wegen ?

Es ist strittig, ob der prozessuale ordre public gleich wie der materielle von Amtes wegen nachzuprüfen sei (50). Dies hängt eng mit der Frage zusammen, welche Interessen seine Verletzung betrifft. Sind in erster Linie Privatinteressen beteiligt, muss ein Verzicht auf die Anrufung des Mangels möglich sein. Ist jedoch das öffentliche Interesse tangiert, drängt sich eine Nachprüfung von Amtes wegen auf (51).

An einem fairen Prozess sind in erster Linie die Beteiligten interessiert. Insbesondere der Unterlegene wird geltend machen, vom Urteilsgericht nicht korrekt angehört worden zu sein oder wird seine Niederlage der Verletzung seiner Parteirechte zuschreiben. Der Zweitstaat ist nicht direkt betroffen, wenn die Entscheidung, die es zu vollstrecken gilt, als solche den materiellen ordre public nicht verletzt. Das öffentliche Interesse ist erst in zweiter Linie betroffen. Hieraus wird abgeleitet, dass der Unterlegene auf die Anrufung des prozessualen ordre public verzichten kann.

Andererseits kann man mit guten Gründen die Auffassung vertreten, ein Urteil, das unter Verletzung elementarer prozessualer Grundsätze zustandegekommen ist, sei höchstwahrscheinlich auch inhaltlich ungerecht. Der Anerkennungsstaat macht sich auch in diesem Fall zum Gehilfen eines Unrechtsstaates, was unter seiner Würde ist. Diese Überlegung führte zum Schluss, dass auch die Verletzung des prozessualen ordre public öffentliche Interessen berühre und deshalb ebenfalls von Amtes wegen zu beachten sei (52).

Meines Erachtens muss der Unterlegene, der sich unfair beurteilt fühlt, dies geltend machen; einen Schutz gegen seinen Willen kann es nicht geben. Letzteres müssen auch die Befürworter der Officialmaxime für den Fall zugeben, dass der Beschwerter Sieger des Urteilsverfahrens bleibt (53). Es ist nämlich möglich, dass auch eine Partei, deren Rechte krass verletzt werden, schliesslich obsiegt. Macht sie dieses für

50 Zum materiellen ordre public oben 9.2.2.

51 Für die Beachtung von Amtes wegen Niedermann 120ff; dagegen Guldener IZPR 117 bei N. 122.

52 Niedermann 120ff.

53 Niedermann 138f.

sie günstige Urteil geltend, bsp. als Einrede gegenüber einem neuerlichen Prozess in der Schweiz, muss dieses Urteil trotz seines Mangels anerkannt werden. Eine Beachtung des Mangels von Amtes wegen ist deshalb ausgeschlossen. Das IPRG folgt diesen Überlegungen, indem es für den prozessualen ordre public im Gegensatz zum materiellen eine Prüfung bloss auf Einrede hin vorsieht und in Art.25 Abs.2 bestimmt :

"Eine Partei kann sich der Anerkennung widersetzen, wenn sie nachweist :

a) ...

b) dass die Entscheidung unter Verletzung wesentlicher Grundsätze des Verfahrensrechts zustande gekommen ist, insbesondere dass ihr das rechtliche Gehör verweigert worden ist."

9.3.4. Verhältnis zum Gebot von Treu und Glauben

Art.2 ZGB spricht einen fundamentalen Grundsatz der schweizerischen Rechtsordnung aus: jede Partei wie auch jede Behörde soll ihr Handeln nach dem Gebot von Treu und Glauben richten; Rechtsmissbrauch findet keinen Rechtsschutz.

Art.2 ZGB gehört zum unantastbaren "Kern" des schweizerischen Rechts, der auch durch ausländische Urteile nicht verletzt werden darf (54). Ein unter Verletzung des Gebotes von Treu und Glauben entstandenes Urteil, ein "Urteil in fraudem legis" verstösst gegen unseren ordre public und wird nicht vollstreckt. Dies ist etwa der Fall bei Prozessbetrug, Urteilerschleichung (55), beim "forum shopping", also der Erschleichung der Gerichtsbarkeit durch unlautere Mittel (56) oder auch bei sonstiger offensichtlicher Rechtsbeugung (57).

54 Probst 92 spricht von einer "gewissen Verwandtschaft" des ordre public mit Art.2 ZGB.

55 BGE 98 Ia 534.

56 BGE 97 I 159; 94 I 247f; Kaufmann-Kohler 232; vgl. auch Geimer/Schütze 629 und 819; von Overbeck 319.

57 BGE 103 Ia 536; 98 Ia 534; Guldener IZPR 96 und 102; Kaufmann-Kohler 232; Niedermann 63ff; Sträuli/Messmer N.18 zu § 302 ZPO.

9.3.5. Verhältnis zu Art.4 BV

Das Bundesgericht hat aus dem Willkürverbot des Art.4 BV zahlreiche konkrete Mindestregeln für den kantonalen Zivilprozess abgeleitet (58). Ein Widerspruch zu diesen als fundamental anerkannten Regeln führt aber nicht automatisch dazu, dass der schweizerischen ordre public verletzt ist, da der Massstab an die Prozesshandlungen ausländischer Gerichte nicht gleich streng sein kann wie an diejenigen einheimischer Instanzen (59). Auch hier kommt die Relativierung durch die "Binnenbeziehung" (60) zum Tragen. Bei schwacher Binnenbeziehung wird man wohl erst bei massiven Verstössen des ausländischen Gerichtes gegen die sich aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz ergebenden prozessualen Normen den ordre public mobilisieren müssen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der einzige Bezug zur Schweiz darin besteht, dass sich Vollstreckungssubstrat im Inland befindet (61).

58 Guldener IZPR 84; Niedermann 109; Haubensak 16; BGE 87 I 61 E.5; Häfelin/Haller 453ff; vgl. auch Silvio Arioli, Das Verbot der willkürlichen und rechtsungleichen Rechtsanwendung im Sinne von Art.4 BV, Diss. Basel 1968.

59 BGE 103 Ia 532 : "Es sind auch die Anforderungen an das einheimische Verfahren, die sich aus Art.4 BV ergeben, nicht in allgemeiner Weise als Bestandteil des schweizerischen verfahrensrechtlichen ordre public zu betrachten."; BGE 111 Ia 12 E.2a; 101 Ia 530; Kaufmann-Kohler 230 bei N.137; Baur, Einige Bemerkungen zum verfahrensrechtlichen ordre public, in Festschrift für Max Guldener, Zürich 1973, S.1ff.

60 Oben 9.1.4.

61 Angesichts des starken Finanzplatzes Schweiz und in Anbetracht unseres Arrestrechts ist es nicht selten, dass beidseits ausländische Parteien vorhanden sind und der einzige Bezug zur Schweiz ein inländische Bankkonto darstellt.

10.Weitere Kriterien

10.1.Res iudicata als Versagungsgrund

10.1.1.Grundsatz

Ist das anzuerkennende ausländische Urteil in Missachtung einer früheren rechtskräftigen Entscheidung (res iudicata) gefällt worden, kann es nicht anerkannt werden. Dieser Grundsatz kann als Ausfluss des prozessualen ordre public betrachtet werden (1), da eine Verletzung der materiellen Rechtskraft bereits gefällter Urteile durch nachfolgende Neubeurteilung mit grundlegenden Prinzipien der schweizerischen Rechtsordnung nicht vereinbar ist. Das Verbot der Missachtung einer res iudicata wird jedoch bisweilen (2) ausdrücklich als Verweigerungsgrund aufgeführt. Gemäss Art.25 Abs.2 lit.d IPRG kann der Beklagte einwenden,

"dass ein Rechtsstreit zwischen denselben Parteien und über denselben Gegenstand zuerst in der Schweiz eingeleitet oder in der Schweiz entschieden worden ist oder dass er in einem Drittstaat früher entschieden worden ist, sofern für diesen Entscheid die Voraussetzungen der Anerkennung erfüllt sind.

Dieser Buchstabe enthält gerade drei einzelne Verweigerungsgründe. Nebst der Missachtung einer schweizerischen Litispendenz (3) sind dies die Missachtung einer früheren schweizerischen Entscheidung einerseits und die Missachtung einer drittstaatlichen Entscheidung andererseits, sofern letztere die Anerkennungsvoraussetzungen unseres Rechts erfüllt. Diese ausdrückliche Regelung bestätigt die bisherige Praxis.

-
- 1 Guldener IZPR 102; Staehelin 583; Sträuli/Messmer N.19 zu § 302 ZPO; Storck 53; Bundesrat in Botschaft Deutschland, BBl 1929 III 536f; Liechtenstein 1 Ziff.1; Österreich 1 Ziff.2; BGE 98 Ia 535; 96 I 245 E.6; 46 I 458; anderer Meinung Niedermann 66; Roth 109; Geimer/Schütze 1018 und 1408.
 - 2 AR 287 Abs.2 lit.d; Italien 1 Ziff.2; Liechtenstein 1 Ziff.1; Österreich 1 Ziff.2.
 - 3 hierzu unten 10.2.1.

Es ist selbstverständlich, dass die Missachtung eines früheren **schweizerischen** Urteils die Anerkennung des späteren ausländischen Urteils in jedem Fall ausschliesst. Voraussetzung ist allein die Erhebung der Einrede der abgeurteilten Sache (4) spätestens im Vollstreckungsverfahren.

10.1.2. Urteile aus Drittstaaten

Durch die Anerkennung werden Urteile aus Drittstaaten schweizerischen Urteilen gleichgestellt. Sobald also ein Urteil ergeht, das aus unserer Sicht anerkennungsfähig ist, darf kein weiteres Urteil zur selben Sache - in welchem Land auch immer - gefällt werden. Jedem späteren Urteil müssen wir die Anerkennung wegen Verletzung des fundamentalen Grundsatzes *ne bis in eadem rem* versagen. Dabei spielt es keine Rolle ob das spätere Urteil aus blosser Unkenntnis der früheren Entscheidung gefällt wurde oder etwa deshalb, weil der zweite Urteilsstaat das frühere Urteil gemäss seiner *lex fori* nicht anerkennen konnte (5). Es kann auch sein, dass der zweite Urteilsstaat die Anerkennung ausländischer Urteile nicht *eo ipso*, sondern erst aufgrund eines konstitutiven Aktes (6) gewährt. Dies kann dazu führen, dass zum Zeitpunkt der Rechtskraft des ersten Urteils aus der Sicht des Zweitgerichtes keine *res iudicata* vorlag, aus schweizerischer Sicht jedoch sehr wohl.

10.1.3. Spätere schweizerische Urteile

Es kann aber auch vorkommen, dass ein schweizerisches Sachurteil gefällt wird, obwohl zuvor ein ausländisches Urteil in der selben Sache ergangen ist. Dies ist etwa dann der Fall, wenn es der Beklagte im Inlandprozess versäumt, die Einrede der *res iudicata* zu erheben oder hierzu - etwa im Säumnisverfahren - gar nicht in der Lage ist. Erfüllt das frühere ausländische Urteil die Anerkennungsvoraussetzungen, wird es einem schweizerischen gleichgestellt, so dass die Rechtsfol-

4 Diese wird nicht von Amtes wegen berücksichtigt, § 191 Abs.4 ZPO ZH.
 5 Etwa wegen abweichender Zuständigkeitsregeln.
 6 So das italienische Delibationsverfahren gemäss Art. 796ff Codice di procedura civile.

gen meines Erachtens gleich sein müssen, wie wenn die Rechtskraft eines früheren schweizerischen Urteils missachtet worden wäre (7). Es ist mit anderen Worten bei jeder Konkurrenz von - zu beachtenden - Entscheidungen verschiedener Staaten der Grundsatz der Alterspriorität anzuwenden, schweizerische Urteile können keinerlei Vorrechte beanspruchen.

10.2.Litispendenz

10.2.1.Begriff

Die Rechtshängigkeit (Litispendenz) ist die gerichtliche Anhängigkeit einer Klage von dem Zeitpunkt an, als die Klage ohne Rechtsverlust nicht mehr zurückgezogen werden kann. Wann dies der Fall ist, bestimmt die lex fori. Schon die schweizerischen Prozessgesetze sehen verschiedene Lösungen vor (8): Rechtshängigkeit schon mit der Einleitung der Klage beim Sühnbeamten, mit der Vorladung zum Sühnversuch, mit erfolglosem Abschluss des Sühnverfahrens, mit der Einreichung der Klageschrift oder der Weisung beim erkennenden Gericht (9). Da die Verschiedenheit dieser kantonalen Regelungen zu Schwierigkeiten geführt hatte (10), bestimmt nun Art.9 Abs.2 IPRG, im Hinblick auf die internationale Litispendenz gelte eine schweizerische Klage dann als rechtshängig, wenn die erste, für die Klageeinleitung notwendige Verfahrenshandlung vorgenommen wird, das Sühnverfahren eingeschlossen (11). Dieser Grundsatz muss meines Erachtens aber auch für ausländische Gerichte in dem Sinne gelten, dass die erste, nach dortigem Prozessrecht notwendige Handlung massgebend ist. Wird also für den selben Anspruch zuerst in Zürich ein Sühnbegehren gestellt und hernach hiervon unabhängig im Ausland direkt geklagt, so gilt dennoch das zürcherische Begehren als das frühere, auch wenn die eigentliche Klage hier erst später eingereicht werden kann.

-
- 7 Niedermann 26 geht wohl zu weit, wenn er ausländische Urteile von Amtes wegen beachten will.
 - 8 Guldener ZPR 230ff; Vogel 8 N 34; Walder 27 Rz 2.
 - 9 Vgl. ZH 102 Abs.1; BE 144 Abs.2; TG 148.
 - 10 BGE 97 II 1; 91 II 321; 90 II 213; 74 II 68.
 - 11 Botschaft 305.

10.2.2. Wirkungen

Die Rechtshängigkeit hat nach bisherigem Recht insbesondere die Wirkung, dass auf eine spätere identische Klage wegen fehlendem Rechtsschutzinteresse (12) nicht mehr eingetreten wird. Von dieser direkten Wirkung zu unterscheiden ist die indirekte : ein in Missachtung der Regeln über die Litispendenz gefällttes Urteil darf weder anerkannt noch vollstreckt werden. Das IPRG enthält eine etwas abweichende Regelung. Eine Zweitklage wird zwar trotz anderweitiger Rechtshängigkeit an die Hand genommen, das Verfahren wird jedoch sistiert, wenn zu erwarten ist, dass das ausländische Gericht "in angemessener Frist eine Entscheidung fällt, die in der Schweiz anerkennbar ist" (13). Das inländische Verfahren wird wiederaufgenommen, wenn die Nichtanerkennung feststeht, bzw. als erledigt abgeschrieben, wenn das rechtskräftige anerkennungsfähige Urteil vorgelegt wird.

10.2.3. Rechtshängigkeit vor schweizerischem Gericht

Ist die Klage vor einem schweizerischen Gericht nach seiner lex fori rechtshängig, hat dies folgende Wirkungen. Von Bundesrechts wegen darf kein zweites schweizerisches Gericht auf eine identische Klage (14) eintreten. Sodann wird ein späteres ausländisches Urteil, das in Missachtung der schweizerischen Rechtshängigkeit ergangen ist, nicht anerkannt (15). Hierbei spielt es keine Rolle, welches Verfahren früher zu einem endgültigen Urteil geführt hat.

Das schweizerische Anerkennungsrecht kann einem ausländischen Gericht zwar nicht verbieten, eine identische Klage trotz schweizerischer Rechtshängigkeit an die Hand zu nehmen und zu entscheiden, es kann aber die Durchsetzung dieses Urteils in der Schweiz verweigern.

12 Vogel 8 N 42.

13 Art.9 IPRG.

14 Guldener ZPR 230ff; Sträuli/Messmer N.7 zu § 107 ZPO; Walder 27 Rz 28; Guldener IZPR 174f.

15 Guldener IZPR 177; allerdings könnte es rechtsmissbräuchlich sein, wenn der Beklagte im ausländischen Verfahren nicht die Einrede der Rechtshängigkeit erhebt, sondern erst im Anerkennungsverfahren geltend macht.

10.2.4. Rechtshängigkeit vor ausländischem Gericht

Ist die Klage vor einem ausländischen Gericht rechtshängig, hat dies zunächst zur Folge, dass ein schweizerisches Gericht keine identische Klage an die Hand nehmen darf (16), falls das ausländische Urteil im Inland anzuerkennen ist (17). Nicht erst die Rechtskraft, sondern schon die Rechtshängigkeit des ausländischen Verfahrens steht somit einem schweizerischen Zweitverfahren entgegen. Allerdings kann nie mit Sicherheit gesagt werden, ob das zu erwartende Urteil wirklich anzuerkennen sein wird. Hier ist von einer **Anerkennungsprognose** auszugehen (18), wobei die Verletzung des ordre public nicht zu vermuten ist (19). So bestimmt zum Beispiel Art.9 Abs.1 des Staatsvertrags mit Liechtenstein :

"Ist ein Verfahren vor einem Gericht eines der beiden Staaten anhängig und wird die Entscheidung über den Gegenstand dieses Verfahrens im andern Staate voraussichtlich anzuerkennen sein, so hat ein später befasstes Gericht dieses andern Staates die Durchführung eines Verfahrens über denselben Gegenstand und zwischen denselben Parteien abzulehnen."

Dies muss ausserhalb der Staatsverträge genauso gelten (20), auch wenn keine einzige Zivilprozessordnung hierüber Regeln enthält (21).

-
- 16 Belgien 10 Abs.1; Liechtenstein 9 Abs.1; Italien 8; Schweden 7; Österreich 8; gemäss Kaufmann-Kohler 232 soll das Verfahren nur sistiert werden.
 - 17 Guldener IZPR 175; Niedermann 69; Schauwecker 47; Kallmann 36 N. 38; Strehler 13; ZR 77 Nr.101; Storck 7f; Habscheid Rechtshängigkeit 115.
 - 18 Guldener IZPR 175; Kaufmann-Kohler 223; Probst 106; Niedermann 70; Leuch N.4 zu Art.160 ZPO; Geimer/Schütze 1648.
 - 19 Niedermann 69; Habscheid Rechtshängigkeit 115 bei N.22; vgl. auch Guldener IZPR 175 N.7; Geimer/Schütze 1660.
 - 20 Sträuli/Messmer N.11 zu § 302 ZPO; Guldener IZPR 175; BGE 105 II 231; vgl. jedoch Art.9 IPRG, der die blossе Sistierung vorsieht.
 - 21 Niedermann 68; Guldener IZPR 175 bei N.6.

10.2.5. Verletzung durch ein ausländisches Gericht

Ein ausländisches Urteil, das in Verletzung des Grundsatzes der zeitlichen Priorität (22) ergangen ist, kann nicht anerkannt werden. Dies gilt ohne weiteres, wenn eine Rechtshängigkeit vor einem schweizerischen Gericht missachtet wurde (23). Diesen Fall hat das IPRG (24) im Auge, wenn es die Missachtung einer schweizerischen Litispendenz als Verweigerungsgrund aufführt. Die Verletzung der Rechtshängigkeit in einem Drittstaat wird zwar im Gegensatz hierzu nicht ausdrücklich geregelt, aus dem Grundsatz der Alterspriorität ergibt sich jedoch, dass auch in dieser Konstellation die selben Regeln gelten müssen (25). Die Verletzung der Rechtshängigkeit in einem Drittstaat kann aber nur dann von Bedeutung sein, wenn das missachtete Urteil in der Schweiz anerkannt wird. Dies ergibt sich aus der Überlegung, dass ein ausländisches Urteil durch die Anerkennung eo ipso einem schweizerischen gleichgestellt wird.

10.2.6. Konkurrenz zweier zuständiger Gerichte

Auch wenn dieser Fall nicht häufig sein dürfte, sei er doch skizziert : Der Beklagte wird im Staate A eingeklagt, wenig später im Staate B. Beide Staaten sind nach schweizerischer Auffassung zuständig (26). Das Prinzip der zeitlichen Priorität besagt, dass nur das zuerst angerufene Gericht im Staate A zur Entscheidung zuständig ist. Ein Urteil aus dem Staate B ist nicht beachtlich. Hieran würde auch nichts ändern, wenn das zuerst angerufene Gericht im Laufe des Verfahrens den schweizerischen *ordre public* verletzt, so dass sein Urteil nicht anzuerkennen ist, was jedoch im Zeitpunkt der zweiten Rechtshängigkeit noch nicht bekannt war. Dem

22 Vgl. Geimer/Schütze 997.

23 Niedermann 70; Kallmann 223 N.17.

24 Art.25 Abs.2 lit.d IPRG, zitiert oben 10.1.1.

25 Geimer/Schütze 1406 bei N.4f; anderer Ansicht Niedermann 70 bei N.135.

26 Zum Beispiel Wohnsitz des Beklagten in Konkurrenz mit dem *forum rei sitae*.

Beklagten ist nicht zuzumuten, sich vor mehreren foren einzulassen und verteidigen zu müssen (27).

10.3.Vollstreckungsfähigkeit

10.3.1.Begriff

Im Gegensatz zur Vollstreckbarkeit, also der Frage, ob das Urteil gemäss der ausländischen lex fori nicht nur rechtskräftig sondern ohne weiteres zur Zwangsvollstreckung geeignet ist, geht die Frage nach der Vollstreckungsfähigkeit (28) dahin, ob das Dispositiv des ausländischen Urteils tel quel übernommen werden kann. Es kann nämlich sein, dass das ausländische Urteil Rechtsfolgen anordnet, die aus zweitstaatlicher Sicht rechtlich oder tatsächlich unmöglich sind (29). Die Vollstreckungsfähigkeit ist gänzlich nach zweitstaatlichem Recht zu prüfen (30).

10.3.2.Rechtliche Unmöglichkeit

Das ausländische Urteil, das alle Anerkennungsvoraussetzungen erfüllt, kann eine Leistung anordnen, die gegen einheimisches Öffentliches Recht verstösst. So kann ein Urteil lautend auf Übertragung eines schweizerischen Grundstücks der Lex Friedrich (31) widersprechen. Die Verbotsnorm des schweizeri-

27 Strehler 13 bei N.11.

28 Auch "materielle" Vollstreckungsfähigkeit genannt; Niedermann 58.

29 Ein Urteil kann nur vollstreckt werden, wenn es einen vollstreckungsfähigen Inhalt hat, ZR 57 (1958) Nr.152 S.343; Geimer/Schütze 1187.

30 Guldener IZPR 106 oben; Niedermann 58; Beispiele bei Haubensak 6ff.

31 BG über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, SR 211.412.41.

schen Rechts geht vor (32) und eine Vollstreckbarerklärung ist ausgeschlossen (33).

Der vom schweizerischen öffentlichen Recht verpönte Befehl des ausländischen Richters kann auch nicht Grundlage einer Umwandlung in Schadenersatz sein (ausser dies sei im Urteil selbst vorgesehen), da dies eine verbotene *révision au fond* (34) darstellen würde.

10.3.3. Tatsächliche Unmöglichkeit

Die tatsächliche Unmöglichkeit der Vollstreckung betrifft die Vollstreckbarerklärung als solche nicht. Das ausländische Urteil ist zur inländischen Zwangsvollstreckung zuzulassen. Im Schuldbetreibungs- oder Zwangsvollstreckungsverfahren wird eine Durchsetzung versucht und bei tatsächlicher Unmöglichkeit in eine Ersatzform, zumeist in Schadenersatz (35) umgewandelt.

Dies ist etwa dann der Fall, wenn die herauszugebende Sache untergegangen ist oder die zu erbringende Handlung nur persönlich erbracht werden kann und eine Durchsetzung unmöglich ist. Aber auch dann, wenn der Vollstreckungsbeklagte zahlungsunfähig ist, kann das Zwangsvollstreckungsverfahren auf Betreiben des Gläubigers bis zum gegebenenfalls erfolglosen Ende (36) durchgeführt werden. Die tatsächliche Unmöglichkeit ist also erst bei der eigentlichen Zwangsvollstreckung, nicht schon bei der Vollstreckbarerklärung von Bedeutung (37).

32 Dies gilt nur für Normen, die wegen ihrer ganz besonderen Zielsetzung zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung gebieterisch Geltung verlangen, nicht etwa sämtliche zwingenden Normen, Botschaft 314.

33 Weil mit dem vorrangigen öffentlichen Recht des Zweitstaates unvereinbar; man kann dies als positive Funktion des *ordre public* verstehen; Botschaft 312.

34 Zum Begriff oben 1.6.2.

35 Vgl. ZH 309; Niedermann 60 N.102 mit Zitaten.

36 Ausstellung von Verlustscheinen, Art.149 bzw. 265 SchKG.

37 Niedermann 60 N.101 unterscheidet die tatsächliche von der logischen Unmöglichkeit. Letztere lässt das ausländische Urteil ohne weiteres wirkungslos werden und schliesst eine Anerkennung aus.

10.3.4. Alternativ konkurrierende und Eventualansprüche

Das ausländische Urteil kann anordnen, dass entweder ein schweizerisches Grundstück zu übertragen oder - falls dies rechtlich unmöglich sein sollte - der bereits geleistete Kaufpreis zurückzuerstatten sei. Wir wollen unterstellen, dass der Hauptanspruch wegen der Lex Friedrich (38) nicht vollstreckbar ist. Der Eventualanspruch auf Rückleistung des Kaufpreises ist für sich allein betrachtet eine mögliche, vollstreckungsfähige Anordnung. Ob die vollstreckungsfähige Variante vollstreckt werden darf ist strittig (39). Meines Erachtens ist dies zulässig, wenn der Hauptpunkt bloss einer einfachen Verbotsnorm, nicht jedoch dem ordre public widerspricht. Im vorliegenden Beispiel ist nicht einzusehen, warum der Kaufpreis nicht zurückerstattet werden sollte, wenn das Grundstück nicht übertragbar ist. Ist der Hauptpunkt jedoch aus Gründen des ordre public nicht vollstreckbar, darf auch eine an sich zulässige Alternative nicht vollstreckt werden.

10.4. Verhältnis zum schweizerischen Kollisionsrecht

10.4.1. Nichtnachprüfung des Kollisionsrechts

Wenn wir ein ausländisches Gericht als zur Sachentscheidung kompetent betrachten, akzeptieren wir damit grundsätzlich auch, dass dieses Gericht das nach seiner lex fori in der Sache anwendbare materielle Recht anwendet (40).

Ob dies dasjenige materielle Recht ist, das ein schweizerisches Gericht in der selben Situation zur Anwendung gebracht hätte, darf nicht nachgeprüft werden. Die Regeln unseres Kollisionsrechts (41) sind regelmässig nur von schweizerischen Gerichten anzuwenden. Nur ganz ausnahmsweise werden sie von ausländischen Gerichten beachtet, dann nämlich, wenn

38 Oben Anmerkung 27.

39 Dafür Roth 60; dagegen Niedermann 62.

40 Niedermann 84; Keller/Siehr Lehren 625; anderer Meinung Guldener IZPR 93 bei N.10 hinsichtlich der Kollisionsregeln des NAG; zum Vorrang der Anerkennungsregeln des IZPR vor den Kollisionsregeln des IPR vgl. Geimer/Schütze 993 und 1393; Martiny 64ff; Raape/Sturm 353 Ziff.3; Kallmann 262ff; Riezler 537ff und unten 10.4.2.

41 Vischer/von Planta passim.

die lex fori die schweizerische Rechtsordnung als ganzes als anwendbar erklärt und eine Rück- oder Weiterverweisung, den sogenannten renvoi akzeptiert. Aber auch in diesem Fall darf nicht im Anerkennungsstadium nachgeprüft werden, ob das ausländische Gericht das schweizerische materielle Recht richtig angewandt hatte.

Die vorgenannte Regel erleidet in Handelssachen soweit ersichtlich keine Ausnahmen. Im internationalen Familienrecht hingegen sehen das NAG (42) sowie die Vollstreckungsabkommen mit Deutschland (43) und Schweden (44) Ausnahmen vor.

Die aus Rücksicht auf die interne deutsche Regelung (45) in das Vollstreckungsabkommen mit Deutschland aufgenommene kollisionsrechtliche Nachprüfung ist in zweierlei Hinsicht beschränkt: objektiv auf gewisse im Abkommen namentlich aufgeführte Rechtsverhältnisse (nicht Handelssachen) und subjektiv auf Staatsbürger des Anerkennungsstaates. Es ist jedoch nicht die Verschiedenheit des ausländischen Kollisionsrecht an sich ein Anerkennungshindernis, sondern bloss ein hieraus entstehender konkreter Nachteil (46).

10.4.2. "Kollisionsrechtliche Anerkennung"

In dieser Arbeit wird die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile als Frage des internationalen **Prozessrechts** betrachtet. Die Haltung der gemäss unserem Kollisionsrecht (IPR) zuständigen Rechtsordnung bleibt irrelevant. Im Gegensatz hierzu steht die Lehre von der kollisionsrechtlichen Anerkennung (47), die - zumindest in Statusfragen - **neben** der prozessualen die Anerkennung gestützt auf die kollisionsrechtliche lex causae befürwortet. So könnte eine

42 Art.8, 28 und 32 NAG, SR 211.435.1; oben 2.2.3.

43 Deutschland 4 Abs.2; BGE 103 Ib 69 E.4.

44 Schweden 4 Ziff.3; Guldener IZPR 148; Keller/Siehr Lehren 632.

45 Vgl. Martiny 405 N.895; Raape/Sturm 353 Ziff.3; dieser Vorbehalt (§ 328 Abs.1 Nr.3 dtZPO) soll de lege ferenda wegfallen; vgl. Gottwald in Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Bielefeld) 1984 S.60 Ziff.3.

46 Zu diesem "Äquivalenzprinzip" vgl. Niedermann 79 und 84; Storck 55ff.

47 Martiny 129; Niedermann 30 N.20; Guldener IZPR 67; Süss in FS Rosenberg 252ff; weitere Vertreter zitiert bei Geimer/Schütze 1393 N.5ff.

gestützt auf das IZPR nicht akzeptable (48) Scheidung dann anerkannt werden, wenn das Ehestatut dies zuliesse (49).

10.5.Staatsangehörigkeit der Parteien

Bei der Anerkennung einer ausländischen Entscheidung spielt die Staatsangehörigkeit der Parteien grundsätzlich keine Rolle (50). Im internen Zivilprozessrecht ist die Gleichstellung von Ausländern und Schweizerbürgern (51) verwirklicht. So trifft die Kautionspflicht für Ausländer alle Parteien, die im Ausland Wohnsitz haben, seien sie Schweizer oder ausländische Staatsbürger.

Im Anerkennungsrecht ist der Sitz des Gerichtes, nicht die Staatsangehörigkeit und auch nicht der Wohnsitz der beteiligten Parteien entscheidend. Klagt z.B. ein Belgier in Paris gegen einen Italiener, gilt das Urteil als "französisch" und untersteht dem französisch-schweizerischen Vollstreckungsvertrag (52). Die Staatsangehörigkeit kann in Ausnahmefällen beim Gerichtsstand (53) eine Rolle spielen. Diese Einschränkung ist allerdings für das internationale Handelsrecht nicht von Bedeutung (54).

48 Bsp. wegen nicht gehöriger Ladung.

49 Der deutsche IPR-Entwurf will dies zulassen, wenn beide Heimatstaaten die Entscheidung anerkennen; vgl. Gottwald in Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Bielefeld) 1984 60 bei N.38; Keller/Siehr Lehren 619f.

50 Niedermann 54; Guldener IZPR 134; Probst 52; Liechti 53; Geimer/Schütze 1402ff; ausdrücklich : Belgien 12; Deutschland 1 für vermögensrechtliche Streitigkeiten; Italien 15; Liechtenstein 11; Österreich 13; Tschechoslowakei 7; anders das deutsche Recht : Martiny 94.

51 Guldener IZPR 11 bei N.8f; ebenso Flüchtlinge und Staatenlose.

52 Zur "Nationalität" der Entscheidung vgl. BBl.1975 II 1408.

53 So sind gemäss Liechtenstein 2 Ziff.6 und Belgien 2 Abs.1 lit.i in Familienrechtssachen die Gerichte der Heimat zuständig; Niedermann 54 bei N.74.

54 Keine Regel ohne Ausnahme. Das Haager Abkommen betreffend das Zivilprozessrecht befreit Staatsangehörige von Vertragsstaaten, die zugleich in einem Vertragsstaat Wohnsitz haben, von der Kautionspflicht. Die Kriterien des Wohnsitzes und der Staatsangehörigkeit sind hier kumuliert; Art.17 Abs.1 Haager Abkommen.

10.6. Anerkennung in Drittstaaten

Sowohl die Anerkennung einer ausländischen Anerkennungsentcheidung, als auch die Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Exequaturs sind ausgeschlossen (55). Ob ein Drittstaat die Entscheidung für seinen Bereich anerkennen will, ist seine Sache, bindet den schweizerischen Richter aber nicht (56). Letzterer muss vielmehr selbst die Voraussetzungen unseres Vollstreckungsrechts prüfen. Dieser unbestrittene Grundsatz lässt sich damit begründen, dass das ausländische Exequatur Öffentlich-rechtlicher Natur ist und somit im Inland nicht anerkannt werden darf (57). Aber auch eine andere Überlegung führt zum selben Ergebnis: die Voraussetzungen der Anerkennung im Drittstaat sind häufig von den schweizerischen verschieden, so dass eine erneute Prüfung unumgänglich ist.

Die Nichtbeachtung der Anerkennung in Drittstaaten kann in Einzelfällen zu stossenden Ergebnissen führen. Ein Beispiel sei skizziert: Im Land A wird ein Urteil gefällt und im Land B anerkannt. Die Schweiz sieht im Gegensatz zu A und B den in casu angewandten Gerichtsstand nicht als zulässig an, sondern hält die Gerichte von B für zuständig. Das Urteil aus A wird wegen fehlender Zuständigkeit nicht anerkannt werden können. Das Exequatur aus B wird ebenfalls nicht beachtet. Ein neues Sachurteil in B ist nicht möglich, da dort die Sache als abgeurteilt gilt. Fehlt zu guter letzt ein Gerichtsstand in der Schweiz, bleibt die in A obsiegende Partei rechtsschutzlos. Es fragt sich deshalb, ob nicht im IZPR ein "**prozessualer renvoi**" (58) zulässig sein sollte. Wenn wir die Gerichte in B für zuständig halten und diese die Entscheidung aus A anerkennen, spricht einiges dafür, dass auch wir diese

55 Probst 52; Jellinek 175; Kallmann 38 N.42; Geimer Prüfung 26; Martiny 220; Geimer/Schütze 985f und 1174f; Rosenberg/Schwab 953 bei N.3.

56 Eine Ausnahme sieht Art. 7g Abs.3 NAG vor, der bei der Anerkennung ausländischer Scheidungsurteile betreffend Auslandschweizer auf die Anerkennung einer solchen Scheidung durch deren Wohnsitzstaat Rücksicht nimmt; hierzu Keller/Siehr Lehren 621.

57 Oben 4.2.

58 Martiny 298 spricht von "Zuständigkeitsverweisung".

Entscheidung akzeptieren sollten (59). De lege lata (60) ist dies ausgeschlossen (61). Sind die schweizerischen Anerkennungsvoraussetzungen nicht erfüllt, darf nicht anerkannt werden, ungeachtet dessen, ob ein Drittstaat dies tun würde.

In Handelssachen gibt es zumindest für Leistungsurteile häufig einen Ausweg, da im Inland eine neue Klage gestützt auf den Gerichtsstand des Arrestortes (62) der gelegenen Sache (63) oder des Vermögens (64) möglich sein wird. Die unbeachtlichen Entscheide aus A und B stellen ja wegen ihrer Nichtanerkennung keine *res iudicatae* dar.

59 Vgl. Geimer/Schütze 1550f.

60 De lege ferenda soll vermehrt auf die "ausländische Anerkennungszuständigkeit" Rücksicht genommen werden; Beispiele bei Keller/Siehr Lehren 621 N.9.

61 Mit der bereits erwähnten Ausnahme des Art.7g Abs.3 NAG.

62 Bsp. ZH 9 Abs.2; vgl. Guldener ZPR 90 bei N.40.

63 Bsp. ZH 7; befindet sich überhaupt kein Vollstreckungssubstrat innerhalb des Anerkennungsstaates, so fehlt wohl auch das Rechtsschutzinteresse.

64 Bsp. BE 25; vgl. Guldener ZPR 98 bei N.72.

11.Umfang und Wirkungen der Anerkennung und Vollstreckung

11.1.Wirkung der Anerkennung

Jedes ausländische Urteil hat im Urteilsstaat selbst gewisse Wirkungen (1), deren Umfang die lex fori bestimmt. Hauptwirkung ist zunächst die materielle Rechtskraft. Je nach Klageart kommt eine Feststellungs- oder Gestaltungswirkung, die Vollstreckbarkeit sowie allfällige Nebenwirkungen (2) dazu. Es stellt sich nun die Frage, welche dieser Wirkungen wir auch im Inland beachten wollen und in welchem Masse. Schwierigkeiten ergeben sich dort, wo die lex fori einem Urteil Wirkungen beilegt, die unserem Recht vollkommen unbekannt sind, z.B. die uns fremde Auffassung, dass auch Urteilerwägungen, die keinen Ausdruck im Dispositiv gefunden haben, in Rechtskraft erwachsen können (3).

11.1.1.Wesen der Anerkennung

"Anerkennung" bedeutet die Feststellung (4), dass ein ausländisches Urteil die Anerkennungsvoraussetzungen des Zweitstaates erfüllt und deshalb seine Wirkungen auf dessen Gebiet erstreckt werden. Da die Anerkennung eo ipso und auch ohne förmliches Verfahren stattfindet (5), kann die förmliche Anerkennung bloss ein **Feststellungsurteil**, nie ein Gestaltungsurteil sein. Auch dann, wenn ein ausländisches Urteil nur teilweise anerkannt werden kann, weil gewisse seiner Wirkungen im Inland vollkommen unbekannt sind, liegt meines Erachtens eine blosse Feststellung vor, denn die "unbekann-

1 Vgl. Guldener ZPR 192; Storck 64; Probst 6f; Perret 243; Raape/Sturm 357; Geimer/Schütze 1015 und 1409; Rosenberg/Schwab 953; oben 1.3.4.

2 Hierzu unten 11.5.1.

3 Wie im amerikanischen Recht : §§ 68ff Restatement of the law of judgements; Guldener ZPR 386 bei N.91; Kaufmann-Kohler 223 N.75; Geimer/ Schütze N.9 zu § 191 ZPO; Guldener ZPR 366; BGE 71 II 284.

4 Von Bundesrechts wegen wären die Kantone frei, auch die Anerkennung von einem förmlichen Exequatur abhängig zu machen; BGE 99 II 8; 98 Ia 546; Kaufmann-Kohler 215 N.15.

5 Als letzter Kanton hat Zürich die förmliche Anerkennung gemäss § 377 altZPO ZH abgeschafft; vgl. Sträuli/Messmer N. 23 zu § 191 ZPO; Guldener IZPR 115 bei N.107a; Niedermann 29.

ten" Wirkungen fallen automatisch, auch ohne gerichtliche Anordnung, für das Inland ausser Betracht. Gleiches gilt, wenn ein ausländisches Urteil anerkannt wird, obwohl es offensichtlich dem schweizerischen ordre public widerspricht (6). Auch ein solches Urteil stellt bloss fest (wenn auch vielleicht zu Unrecht), dass das ausländische Urteil dem schweizerischen ordre public nicht widerspricht. Es "gestaltet" allerdings die Rechtslage zwischen den Parteien in dem Sinn, dass die in Rechtskraft erwachsene Entscheidung auch dann inter partes verbindlich ist, wenn sie - objektiv betrachtet - fehlerhaft sein sollte.

11.1.2. Zeitpunkt der Wirkungserstreckung

Es ist unbestritten (7), dass ein ausländisches Urteil, welches in der Schweiz anerkannt wird, seine Wirkungen eo ipso vom selben Zeitpunkt an wie im Urteilsstaat entfaltet. Der genaue Zeitpunkt ist zumeist ohne Bedeutung. In internationalen Prozessen betreffend Handelssachen ist der Hauptfall des bloss anerkennungsfähigen Urteils die Abweisung einer Leistungsklage, die einer erneuten Leistungsklage im Inland als res iudicata entgegengehalten wird. Hierfür spielt der Zeitpunkt der Wirksamkeit im Inland wegen der Beachtung der ausländischen Rechtshängigkeit (8) keine entscheidende Rolle. Von Bedeutung ist der genaue Zeitpunkt hingegen für die verjährungsunterbrechende Wirkung des ausländischen Urteils oder bei der Arrestprosequierung (9).

11.1.3. Verschiedene Lehrmeinungen

Im internationalen Vollstreckungsrecht lassen sich zwei entgegengesetzte Theorien unterscheiden. Die universalistische

6 Anderer Ansicht Niedermann 29.

7 Niedermann 28; Geimer Prüfung 33; Riezler 524f; Geimer/Schütze 1013; anders das italienische Delibationsverfahren gemäss Art. 796ff Codice di procedura civile; vgl. Liechti 9f.

8 Unten 10.2.1.

9 Unten 11.5.1.

Lehrmeinung vertritt die **Wirkungserstreckungstheorie** (10) : die Wirkungen des Urteils richten sich nach der lex fori, durch die Anerkennung werden sie nicht geändert, sondern tel quel übernommen.

Die nationalistische Lehrmeinung vertritt die **Gleichstellungstheorie** : ein anzuerkennendes ausländisches Urteil hat im Inland die Wirkungen, die ein inländisches Urteil im gleichen Fall hätte (11). Für jedes ausländische Rechtsinstitut wird ein inländisches Äquivalent bestimmt.

Die Wirkungserstreckungstheorie ist mit dem praktischen Nachteil behaftet, dass sie - falls in Reinkultur angewandt - auch solche Wirkungen im Inland anerkennen muss, die hier vollkommen unbekannt sind (12). Andererseits ist auch die Gleichstellungstheorie mit groben Mängeln behaftet: die Transformation in ein inländisches Äquivalent kann dazu führen, dass das ausländische Urteil im Inland grössere Wirkungen entfaltet, als es gemäss der lex fori besitzt (13), was nicht der Sinn und Zweck der Anerkennung sein kann (14). Die Transformation kann bei andersartigen Erscheinungen des ausländischen Rechts bis an die Grenze der Neubeurteilung gehen, so dass von einer eigentlichen "Anerkennung" nicht mehr die Rede sein kann.

Das internationale Handelsrecht ist von diesen Fragen weniger betroffen, da seine Institute auf der ganzen Welt ähnlich sind. Dennoch ist die Frage nicht bloss theoretischer Natur, was an einem konkreten Beispiel zu zeigen ist.

Das englische Recht kennt die Rechtsfigur der "fraudulent conspiracy", einer Art unerlaubter Handlung, die allerdings eine ziemlich ungewöhnliche Rechtsfolge bewirkt. "Fraudulent conspiracy" bedeutet etwa "betrügerische Verschwörung", stellt aber einen zivilrechtlichen, nicht etwa einen straf-

10 Kaufmann Tendenzen 362; Botschaft Deutschland in BBl. 1929 III 538f; Martiny 168; Riezler 512; Geimer Prüfung 25ff; Rosenberg/Schwab 952; Geimer/Schütze 1386.

11 Perret 244; Habscheid 334; Petitpierre 5ff; Schauwecker §2; vgl. die bei Martiny 169 N.1082 zitierten deutschen Vertreter.

12 Vgl. das folgende Beispiel der "fraudulent conspiracy"; Martiny 171 bei N.1096 sowie Wolff 331, der von "Anpassungen" spricht.

13 Martiny 170; Schwind 129.

14 Hierzu unten 11.3.1.

rechtlichen Tatbestand dar. Folgender Sachverhalt war letztlich zu beurteilen (15):

Einige leitende Angestellte eines weltweit operierenden Konzerns hatten noch während ihrer Anstellung hinter dem Rücken ihres Arbeitgebers einen Konkurrenzkonzern gegründet und ihr "know-how" hierzu verwendet. Die Glieder des neuen Konzerns waren zahlreiche nationale Gesellschaften, die alle einer Holding schweizerischen Rechts mit Sitz in Zürich gehörten. Ein englisches Gericht hatte eine "fraudulent conspiracy" bejaht und stellte fest, dass die "Früchte" der Verschwörung dem Geschädigten gehörten und befahl den ehemaligen Angestellten, alle Aktien der schweizerischen Holding und damit die Macht über den ganzen Konkurrenzkonzern herauszugeben. Es stellte sich die Frage, welche Wirkungen dieses englische Urteil in der Schweiz haben könnte.

Folgte man der Wirkungserstreckungstheorie, wäre das Urteilsdispositiv *tel quel* zu übernehmen (16), der ehemalige Arbeitgeber wäre als rechtmässiger "Eigentümer" der Aktien anzuerkennen. Die Gleichstellungstheorie müsste hingegen zuerst das schweizerische Pendant zu diesem Herausgabebefehl finden. Wäre dies ein Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung, die Rückleistung einer ungerechtfertigten Bereicherung, eine Vindikation oder ein Besitzesrechtsanspruch?

11.1.4. Schweizerische Lösung

Die schweizerische Praxis klammert sich nicht an abstrakte Theorien und folgt einer pragmatischen Linie, die sich als "modifizierte Wirkungserstreckungstheorie" bezeichnen lässt (17). Diese besteht darin, dass die Wirkungen des ausländischen Urteils in der Art, wie sie die *lex fori* vorsieht, grundsätzlich auf das Inland erstreckt werden, allerdings nur so weit, als sich diese mit dem Recht des Zweitstaates ver-

15 Vgl. BGE 110 II 188f, es ging jedoch nicht um die Vollstreckung des Urteils zur Hauptsache, sondern um Erlass (eventualiter Vollstreckbarerklärung) vorsorglicher Massnahmen zur Sicherung der späteren Vollstreckung des Haupturteils.

16 Unter dem stillschweigenden Vorbehalt, alle übrigen Anerkennungs-voraussetzungen wären gegeben gewesen, was in casu nicht zutraf.

17 Vgl. etwa Kaufmann Tendenzen 362f; Storck 7 oben.

tragen. Die erstreckten Wirkungen dürfen dem Inlandrecht nicht gänzlich unbekannt sein. In der Praxis sieht dies allerdings so aus, dass fremdartige Rechtsfiguren in solche des Inlandrechts "uminterpretiert" werden, was recht zwangslos geschieht (18). Die schweizerische Praxis folgt somit theoretisch der Wirkungserstreckungstheorie, die in concreto der Gleichstellungstheorie recht nahe kommt.

11.2.Wirkung der Vollstreckbarerklärung

11.2.1.Wesen der Vollstreckbarerklärung

Im Gegensatz zur formlosen und bloss deklaratorischen Anerkennung, die nur feststellt, dass das ausländische Urteil die Voraussetzungen der Anerkennung erfüllt und deshalb auch im Inland Wirkungen entfaltet, ist die Vollstreckbarerklärung die formelle und konstitutive Verleihung einer neuen Wirkung, der Vollstreckbarkeit im Zweitstaat (19). Die Vollstreckbarkeit im Urteilsstaat ist hierfür jedoch Voraussetzung, denn es hat keinen Sinn, Urteile im Zweitstaat zur Zwangsvollstreckung zuzulassen, die nicht einmal im Urteilsstaat durchgesetzt werden können. Die Vollstreckbarkeit wird jedoch nicht auf das Inland erstreckt, sondern eigens verliehen. Die Vollstreckbarerklärung ist somit ein **Gestaltungsakt** (20), nicht eine blosser Feststellung; das Urteil bekommt eine neue Wirkung, die es vorher nicht gehabt hatte (21).

Das Gestaltungsurteil, das der ausländischen Entscheidung die Vollstreckbarkeit im Inland verleiht, wirkt **konstitutiv** (22). Erst mit Rechtskraft des Exequaturs entsteht die Vollstreckbarkeit im Inland. Dies ändert nichts am Grundsatz, dass die

18 So bietet schon die rein sprachliche Übersetzung Möglichkeiten, allfällige Unterschiede zu unseren Rechtsfiguren zum Verschwinden zu bringen; Kaufmann Tendenzen 363 bei N.4 schreibt dies der ungenügenden Klarheit über die wirklichen Wirkungen des ausländischen Urteils zu.

19 Niedermann 30; Guldener IZPR 91; Geimer/Schütze 1412f; anderer Ansicht Schauwecker §2 bei N.42 und Sträuli/Messmer N.24 zu § 302 ZPO. Geimer/Schütze 1413 bei N.9; Riezler 566.

21 Guldener IZPR 117; Niedermann 31; Martiny 197; Rosenberg/Schwab 953.

22 Niedermann 30; Guldener IZPR 91; Martiny 197; Geimer/Schütze 1013 und 1413 bei N.8; Riezler 515; anderer Ansicht Habscheid 335.

übrigen Urteilswirkungen, die eo ipso erstreckt werden, schon mit der Rechtskraft im Urteilsstaat auch im Zweitstaat wirksam werden. So steht die Einrede der abgeurteilten Sache auch im Inland sofort zur Verfügung, unabhängig davon, ob es später zu einer Zwangsvollstreckung kommt oder nicht.

11.2.2. Verhältnis zwischen Anerkennung und Vollstreckung

An die Anerkennung eines vollstreckungsfähigen Urteils dürfen nicht kleinere Anforderungen gestellt werden dürfen als an die Vollstreckbarerklärung (23). Wenn wir von den Urteilen absehen, die überhaupt nur anerkannt werden können (Feststellungs- und Gestaltungsurteile) gilt: ein Urteil, das zur inländischen Zwangsvollstreckung zugelassen wird, wird in jedem Fall als *res iudicata* anerkannt (24). In diesem Sinne ist es richtig, wenn gesagt wird, die Anerkennung sei Voraussetzung der Vollstreckbarerklärung (25). Auch wenn das schweizerische Zivilprozessrecht zwischen diesen beiden Instituten nicht genau unterscheidet, ist auch im Vollstreckungsverfahren zuerst abzuklären, ob das ausländische Urteil anerkennungsfähig ist und erst danach, ob es gemäss der ausländischen *lex fori* vollstreckbar ist und einen vollstreckungsfähigen Inhalt hat.

11.3. Umfang und Grenzen der Anerkennung und Vollstreckung

Ein ausländisches Urteil wird - bei Anwendung der modifizierten Wirkungserstreckungstheorie - mit folgenden zwei Einschränkungen in vollem Umfang anerkannt. Erstens kann es hier nicht mehr Wirkung entfalten, als es im Urteilsstaat selbst hat. Zweitens kann es aber auch nicht mehr Wirkungen haben, als ein schweizerisches Urteil in einem analogen Fall hätte

23 Schlussbericht 86; Kaufmann-Kohler 216; Liechti 32 oben; anderer Ansicht Habscheid 335; Sträuli/Messmer N.1 zu § 302 und N.23 zu § 191 ZPO.

24 Kaufmann Tendenzen 364; Martiny 198.

25 Oder wie es Wolff 325 formuliert : "Anerkennungsversagungsgründe führen auch zur Abweisung des Exequaturantrags".

und es kann insbesondere keine Wirkungen entfalten, die dem schweizerischen Recht völlig fremd sind (26).

11.3.1. Begrenzung durch die *lex fori*

Für die Anerkennung im engeren Sinn ist es selbstverständlich, dass die Wirkungen im Zweitstaat nicht über die Wirkungen im Urteilsstaat selbst hinausgehen können (27). Denn nur Wirkungen, die das Urteil dort hat, können auf das Inland erstreckt werden.

Die Vollstreckbarerklärung ist die Verleihung neuer, originärer Wirkungen. Allerdings besteht Klarheit, dass nur die gemäss dem erststaatlichen Recht vollstreckungsfähigen Urteile im Inland vollstreckbar erklärt werden. Zu mehr besteht aus der Sicht des Zweitstaates auch kein Grund (28).

11.3.2. Begrenzung durch das Recht des Anerkennungsstaates

Die obere Grenze der Anerkennung eines ausländischen Urteils bildet seine Gleichstellung mit einem inländischen (29). Einige Zivilprozessordnungen (30) sprechen diesen allgemeinen Grundsatz auch ausdrücklich aus. Es ist nicht einzusehen, warum ausländische Urteile grössere Wirkungen haben sollten als einheimische. Andererseits sollte man sich hüten, diese Einschränkung allzu rigoros zu handhaben. Viele ausländische Urteile enthalten Rechtsinstitute, welche uns zwar nicht in identischer Form bekannt sind, die jedoch ohne weiteres in stillschweigender Anlehnung des Gleichstellungsprinzips in

-
- 26 Oben 11.1.1.; zur Wirkungserstreckungstheorie oben 11.1.4.
27 Guldener ZPR 386; Martiny 171; Riezler 520 unten; Geimer Prüfung 27; Geimer/Schütze 1387 bei N.2; Niedermann 27f mit Zitaten; Heinrich in Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Bielefeld) 1982 140 lit.c; Rosenberg/Schwab 952 bei N.1.
28 Geimer/Schütze 1388 bei N.3.
29 Guldener ZPR 386; Guldener IZPR Suppl.20; Geimer/Schütze 1389ff; Geimer Prüfung 27; Niedermann 28 mit Zitaten; Rosenberg/Schwab 953 bei N.2; andere Ansichten zitiert bei Martiny 176; für die Gleichstellungstheorie ist diese Begrenzung allerdings irrelevant; vgl. Martiny 171.
30 BE 401 Abs.2; UR 295 Abs.3; FR 346 Abs.3; VS 383 Abs.3; JU 394 Abs.3.

ähnliche - gleichwertige - Institute des einheimischen Rechts übertragen werden können (31).

11.4. Teilanerkennung

Ein ausländisches Urteil kann sich gleichzeitig über mehrere Ansprüche aussprechen, sei dies über mehrere Hauptansprüche, über Haupt- und Nebenansprüche oder Forderungen gegen mehrere Streitgenossen. Sind diese Teile trennbar, steht meines Erachtens nichts entgegen, ihre Anerkennungsfähigkeit je einzeln zu prüfen (32). Diese Prüfung kann ergeben, dass nur einzelne Punkte anerkennungsfähig sind, bzw. vollstreckbar erklärt werden können (33). Allerdings muss immer das Verbot der *révision au fond* (34) beachtet werden.

11.4.1. Klagenhäufung

Ein ausländisches Urteil kann mehrere Hauptansprüche gegen denselben Beklagten umfassen (objektive Klagenhäufung). Es ist durchaus denkbar, dass einzelne die Voraussetzungen einer Anerkennung erfüllen, andere nicht. Einer Anerkennung bzw. Vollstreckung nur derjeniger Hauptansprüche, welche diese Voraussetzungen erfüllen, einem "*Exequatur sélectif*" (35), steht solange nichts entgegen, als wirklich separate Ansprüche vorliegen, die voneinander unabhängig sind. Eine gegenseitige Abhängigkeit hindert die Teilanerkennung dann, wenn dies zu untragbaren Ergebnissen führen würde, die auf Rechtsmissbrauch hinausliefen.

Stehen sich zwei Klagen über Ansprüche gegenüber, die nach schweizerischem Recht verrechenbar wären, und werden beide gutgeheissen, so kann nach Treu und Glauben nicht bloss eine Entscheidung anerkannt werden.

31 Martiny 171 unten.

32 Gleicher Ansicht Martiny 151 und 221; Niedermann 91 bei N.11 und 12 mit Zitaten.

33 Frankreich 18 und Spanien 7 bestimmen, dass die Anordnung persönlicher Haft innerhalb eines zu vollstreckenden Urteils dann zu ignorieren ist, wenn letzterer Haft als Vollstreckungsmittel nicht kennt.

34 Oben 1.6.2.

35 Martiny 119.

Richtet sich ein ausländisches Urteil gegen mehrere Personen (subjektive Klagenhäufung), für welche z.B. verschiedene Zuständigkeitsgründe anerkannt werden, steht einer separaten Überprüfung der Anerkennungsfähigkeit nichts entgegen (36). Das französische Urteil, das einen Franzosen und einen Schweizer (37) zur Zahlung verurteilt, ist in Bezug auf den Franzosen vollstreckbar, wegen Verletzung von Art. 59 BV jedoch nicht gegen den Schweizer.

11.4.2.Haupt- und Nebenansprüche

Von einer Teilanerkennung kann auch gesprochen werden, wenn ausnahmsweise Haupt- und Nebenansprüche verschiedenen Anerkennungsvoraussetzungen unterliegen (38). Regelmässig teilen die Nebenpunkte das Schicksal der Hauptsache. So wird bsp. der Kostenpunkt dann vollstreckt, wenn die Entscheidung über den Hauptpunkt anerkannt wird. Im Anwendungsgebiet der Haager Übereinkunft betreffend Zivilprozessrecht werden jedoch Kostenentscheide gegen den kautionsbefreiten Kläger vollstreckt (39), auch wenn das Urteil in der Hauptsache gegen den einheimischen ordre public verstösst. In diesem Falle wird allein der Nebenpunkt (Kostenentscheid) vollstreckt, nicht jedoch das Erkenntnis selbst.

11.4.3.Teilweise Anerkennung

Im Gegensatz zur Teilanerkennung in dem Sinn, dass nur einzelne Punkte des ausländischen Urteils - diese jedoch unverändert - anerkannt werden ("Exequatur sélectif") steht die teilweise Anerkennung eines einzigen Urteilspunktes, das "Exequatur réductif" (40). Letzteres wäre etwa gegeben, wenn man amerikanische Urteile auf Bezahlung von treble damages nur zu einem Drittel, dem Betrage des effektiven Schadens, vollstrecken wollte (41). Dies verstiesse jedoch in krasser

36 Martiny 156.

37 In diesem Zusammenhang im Sinne eines in der Schweiz Wohnhaften.

38 Hierzu Martiny 153.

39 Oben 3.4.2.

40 Martiny 119.

41 Kaufmann-Kohler 243f; oben 4.5.4.

Weise gegen das Verbot der *révision au fond* (42) und ist abzulehnen. Kann ein Punkt des Urteils nicht anerkannt werden, darf er nicht zu einem anerkennungsfähigen Inhalt reduziert oder umgedeutet werden.

11.5. Indirekte Wirkungen

11.5.1. Direkte und indirekte Wirkungen

Nebst den direkten Wirkungen eines Urteils, insbesondere der materiellen Rechtskraft, der Gestaltungswirkung sowie allenfalls der Vollstreckbarkeit kann ein Urteil auch indirekte Wirkungen haben, insbesondere die Unterbrechung einer Verjährungsfrist, die Arrestprosequierung oder auch den Eintritt einer privatrechtlichen Bedingung (43).

Hierbei bestimmt die *lex causae* (44) - das gemäss unserem Kollisionsrecht **materiell anwendbare Recht** - welche Wirkungen ein Urteil haben kann und soll. Insbesondere untersteht die Frage, ob die Verjährung einer Forderung durch Urteil oder Klage unterbrochen wird dem Schuldstatut, die Frage, ob ein Arrest rechtsgenügend prosequiert ist, dem Schuldbetreibungsrecht am Arrestort. Hingegen bestimmt das **Anerkennungsrecht**, ob ein ausländisches einem inländischen gleichgestellt wird und die nämlichen Wirkungen haben kann. Auf diese Weise kann ein ausländisches Urteil (zumindest indirekt) in der Schweiz auch Wirkungen haben, die es im Urteilsstaate nicht hatte. Dies ist jedoch keine Folge des Anerkennungsrechts, sondern der materiellen *lex causae*.

11.5.2. Unterbrechung der Verjährung

Gemäss dem schweizerischen materiellen Recht wird die Verjährung unter anderem durch Erhebung einer Klage unterbrochen

42 Oben 1.6.2.

43 Oder auch schon die blosse Klageerhebung; zur Erstreckung von Wirkungen gegenüber Dritten vgl. BGE 90 II 113 und Niedermann 28; in der deutschen Lehre "Tatbestandswirkungen" genannt; vgl. Geimer/Schütze 1410f; Martiny 199.

44 Süss in FS Rosenberg 259; Geimer Prüfung 30; Raape/Sturm 358; Geimer/Schütze 1031.

(45). Dies kann selbstverständlich auch durch Klage vor dem zuständigen ausländischen Gericht geschehen (46), wenn das ausländische Urteil in der Schweiz anerkannt wird (47).

Was jedoch, wenn das Urteil nicht anerkannt wird? Gemäss dem Grundsatz der automatischen Anerkennung müsste gelten, dass die Klage, welche nicht zu einem anerkennungsfähigen Titel geführt hatte, von Anfang an keine Wirkungen entfalten, insbesondere die Verjährung nicht unterbrechen konnte.

Allerdings bestimmt Art. 139 OR, dass dem Gläubiger eine Nachfrist von 60 Tagen gewährt wird, wenn er vor dem unzuständigen Gericht klagt oder seine Klage aus prozessualen Gründen abgewiesen wird. Dies muss auch bei Klageerhebung im Ausland gelten (48). Die Nachfrist muss dann zu laufen beginnen, wenn endgültig und mit Sicherheit feststeht, dass das Urteil in der Schweiz nicht anerkannt wird.

Der Zeitpunkt ist ohne weiteres bestimmbar, wenn entweder von Anfang an klar ist, dass das Urteil nicht anerkannt werden kann (etwa das Urteil eines offensichtlich unzuständigen Gerichtes), oder aber dann, wenn sich der ausländische Richter selbst als unzuständig erklärt. Im letzteren Falle läuft dem Gläubiger die Nachfrist von der Rechtskraft der Unzuständigkeitsentscheidung an.

Schwieriger ist der Fall, wenn sich der nach schweizerischer Auffassung unzuständige Richter gemäss seiner *lex fori* als zuständig erklärt. In diesem Falle ist nicht von vornherein klar, ob das Urteil in der Schweiz anerkannt wird oder nicht, kann sich doch der Beklagte noch später auf die Klage vorbehaltlos einlassen und so die fehlende Zuständigkeit im nach-

45 Art.135 Ziff.2 OR; für das folgende wird die Anwendbarkeit des schweizerischen materiellen Rechts angenommen. Die Unterbrechung der Verjährung untersteht dem Verjährungsstatut, welches auch die zulässigen Unterbrechungshandlungen bestimmt; Raape/Sturm 358 Ziff.2b; Geimer/Schütze 1015 bei N.3 und 1411 N.11.

46 Spiro 293 bei N.11; Raape/Sturm 358 bei N.103f.

47 Spiro 324 bei N.10; Schönenberger in SJZ 49 (1953) 233f; anderer Ansicht Kallmann in SJZ 41 (1945) 193ff und 209ff sowie in SJZ 50 (1954) 89ff, welcher der ausländischen Klage ohne Rücksicht auf ihre Anerkennung die verjährungsunterbrechende Wirkung zugestehen möchte; dazu Spiro 324f bei N.12.

48 Theo Guhl, Das schweizerische Obligationenrecht, 7.A Zürich 1980, S.288.

hinein begründen (49). Die schweizerische Praxis geht davon aus, dass die Nachfrist erst mit der Rechtskraft des schweizerischen Urteils zu laufen beginnt, welches die Anerkennung verweigert (50). Andererseits genügt die blossе Stellung eines Exequaturbegehrens (51), um die Verjährung zu unterbrechen.

11.5.3.Arrestprosequierung

Art. 278 SchKG schreibt vor, dass ein Arrest innert Frist durch Betreibung und Klage prosequiert werden muss, ansonsten er dahinfällt. Die meisten Kantone und das IPRG (52) sehen den Gerichtsstand des Arrestortes vor, so dass die Prosequierungsklage regelmässig am schweizerischen Arrestort erhoben werden kann. Andererseits kann es sinnvoll sein, die Klage am ordentlichen Gerichtsstand, zumeist also am Wohnsitz des Arrestschuldners zu erheben. In BGE 65 III 51ff wurde der Grundsatz ausgesprochen, dass eine Klage vor einem ausländischen Gericht dann zur Arrestprosequierung genügt, wenn der ausländische Entscheid einen tauglichen Vollstreckungstitel darstellt (53). Dies ist aber genau dann der Fall, wenn das ausländische Urteil anerkennungsfähig ist und einen vollstreckbaren Inhalt hat.

Zur Arrestprosequierung sind also nur ausländische Urteile fähig, die im Arrestkanton anerkannt werden und die inhaltlich geeignet sind, das der Arrestbetreibung entgegenstehende Hindernis zu beseitigen (54). Ist nicht von vornherein klar, ob das ausländische Urteil diesen Anforderungen genügt, hat der Arrest bis zur Erledigung des Anerkennungs- bzw. Vollstreckungsverfahrens in Kraft zu bleiben. Was geschieht,

49 Hierzu oben 6.5.1.

50 Sollte der im Ausland Beklagte schon vor Rechtskraft des ausländischen Urteils im Inland einen Feststellungsentscheid erwirken, wonach das ausländische Urteil z.B. wegen ungehöriger Ladung nicht anerkannt wird, läuft die Nachfrist selbstverständlich von der Rechtskraft des schweizerischen Feststellungsurteils an, da von da an klar ist, dass das ausländische Verfahren die Verjährung nicht wird unterbrechen können; vgl. Spiro 298 bei N.13; Riezler 564

51 Spiro 324 bei N.10.

52 Art.4 IPRG; vgl. Botschaft 299.

53 Guldener IZPR 185 bei N.28 und 186 bei N.29.

54 BGE 66 III 59; Fritzsche II 240.

wenn sich der ausländische Richter als zuständig erklärt und ein Urteil fällt, sich jedoch später herausstellt, dass dieses im Inland aus irgendeinem Grund nicht anerkannt werden kann? Eine Nachfrist analog zu Art. 139 OR für die Verjährung ist im SchKG nicht vorgesehen. Das Bundesgericht hat diese Frage wiederholt offengelassen (55). Meines Erachtens wäre es eine ungerechtfertigte Härte, den Arrest ohne weiteres dahinfallen zu lassen, wenn die Anerkennung des ausländischen Urteils entgegen allen Prognosen verweigert wird. Deshalb sollte eine Gesetzeslücke angenommen werden und dem Gläubiger eine Nachfrist analog zu Art. 139 OR gewährt werden, die allerdings bloss zehn Tage betragen dürfte.

11.5.4. Ausländische Urteile als vertragliche Bedingung

Gelegentlich werden vertragliche Rechtsfolgen an eine Klageerhebung oder an ein Urteil geknüpft (56). So können die Parteien etwa ein Stillhalteabkommen schliessen, das besagt, dass Abschlagszahlungen geleistet werden, wenn und solange die Gegenpartei nicht Klage einleitet. Oder eine Garantieleistung wird davon abhängig gemacht, dass die Hauptschuld gerichtlich festgestellt wird.

In solchen Fällen ist allerdings nicht ohne weiteres anzunehmen, dass die in dieser Arbeit dargelegten Anerkennungsregeln zum Zuge kommen. Vielmehr ist es durchaus denkbar, dass es die Meinung der Parteien war, dass eine Klage oder ein Urteil an sich diese Bedingung erfüllen, unbekümmert um die Anerkennung im Inland oder in einem Drittstaat. Was im Einzelfall gelten soll ist durch Auslegung zu ermitteln.

55 Zuletzt BGE 100 III 39 E.3.

56 Guldener IZPR 92 bei N.4.

11.6. Räumliche Wirksamkeit

11.6.1. Grundsatz

Über Anerkennung und Vollstreckung entscheidet regelmässig eine kantonale Behörde. Es stellt sich die Frage nach der räumlichen Wirkung einer solchen Entscheidung. Sind die übrigen Kantone an dieses Präjudiz gebunden?

Zuerst ist festzuhalten, dass der Entscheid in jedem Falle ein öffentlich-rechtlicher ist (57), so dass er nicht unter die Vollstreckungspflicht des Art. 61 BV fällt, welcher nur ausserkantonale Zivilurteile betrifft (58). Auch das Exequatur macht aus einem ausländischen Urteil kein inländisches, für die übrigen Kantone bleibt das Urteil ausländisch.

Die Wirkungen eines kantonalen Exequaturs reichen so weit, als das materielle Vollstreckungsrecht reicht, auf dem es basiert (59). Im Anwendungsbereich der Staatsverträge des Bundes - und des IPRG - ist das Exequatur also in der ganzen Schweiz verbindlich, im Anwendungsbereich des kantonalen Vollstreckungsrechts bleibt dessen Wirkung auf den nämlichen Kanton beschränkt. Der Exequaturrichter konnte nämlich nur überprüfen, ob die Voraussetzungen erfüllt sind, die sein kantonales Recht an ein ausländisches Urteil stellt. Da die übrigen Kantone frei sind, hiervon abweichende Voraussetzungen zu verlangen, bedeutet sein Entscheid ausserhalb des Kantons nichts. Auf diese Weise wird verhindert, dass anerkennungsfeundliche Kantone indirekt ihre liberale Auffassung den zurückhaltenden Kantonen aufzwingen können (60). Der Entscheid über die blosser Anerkennung fällt regelmässig nur als Vorfrage, so dass er an der Rechtskraft der Entscheidung nicht teilhat (61). Dessen Wirkung bleibt demzufolge sogar auf das hängige Verfahren beschränkt.

57 Thorens 171.

58 Guldener IZPR 117; Niedermann 22 N.86; Perret 272; BGE 94 III 90; 54 III 169; ein formelles Feststellungsurteil folgt den Regeln über das Exequatur; vgl. auch Thorens 171; Petitpierre 30.

59 Probst 30; Perret 248; Strehler 27; anderer Ansicht Guldener IZPR 118.

60 Niedermann 22.

61 Sträuli/Messmer N.9 am Ende zu § 191 ZPO mit Zitaten.

11.6.2. Im Bereich des Bundesrechts

Stützt sich ein kantonales Exequatur materiell ausschliesslich auf Bundesrecht, so sind die Voraussetzungen für die ganze Schweiz identisch. Ist deren Vorhandensein gerichtlich festgestellt, muss dies in der ganzen Schweiz Beachtung finden. Es darf davon ausgegangen werden, dass dieses Urteil richtig ist. Für eine zweite Nachprüfung durch die Instanzen eines anderen Kantons bleibt kein Raum mehr. Aktuell ist dieser Fall *de lege lata* nur - aber immerhin - im Anwendungsbereich der Staatsverträge des Bundes. Nach der hier vertretenen Auffassung kommen deren Regelungen ausschliesslich zur Anwendung und verdrängen konkurrierendes kantonales Recht gänzlich (62). Ergeht entgegen unserer Auffassung ein kantonales Exequatur, das günstigeres kantonales Recht im Bereich eines Staatsvertrags zur Anwendung bringt, richtet sich die Wirkung eines solchen Exequaturs konsequenterweise nach den Regeln für kantonalrechtliche Entscheide.

De lege ferenda ist die Lage eine gänzlich andere. Das IPRG verdrängt die Anerkennungsregeln der kantonalen Zivilprozessordnungen, so dass nur noch materielles Vollstreckungsrecht des Bundes zur Anwendung kommt (63). Nach den soeben dargelegten Regeln werden kantonale Exequaturentscheide künftig in jedem Fall für das ganze Gebiet der Schweiz gelten, was als grosser Fortschritt betrachtet werden darf. Es ist nämlich stossend, dass ein Gläubiger, der in mehreren Kantonen vollstrecken will, mehrere kantonale Exequaturverfahren durchführen muss (64), die erst noch einander widersprechende Entscheide zur Folge haben können.

11.6.3. Sonderfall: Geldforderungen

Andererseits ist das Problem im Hauptfall des internationalen Handelsrechts, der Vollstreckung von Leistungsurteilen lautend auf Geldzahlung, in der Praxis gar nicht existent. Denn das Exequatur muss nur in jenem Kanton eingeholt werden, wo

62 Oben 2.4.1.

63 Perret 248 N.20; mit Ausnahme ausländischer Schiedssprüche aus Nichtvertragsstaaten der New Yorker Konvention; oben 3.6.4.

64 Perret 248.

die Betreibung eingeleitet wurde und das Rechtsöffnungsverfahren stattfindet. Nach Gewährung der Rechtsöffnung wird die Zwangsvollstreckung im Rahmen des SchKG-Verfahrens fortgesetzt. Innerhalb dieses Verfahrens wird interkantonale Rechtshilfe von Betreibungsamt zu Betreibungsamt gewährt, so dass auch auf ausserkantonale Vermögenswerte gegriffen werden kann (65). Der betreibende Gläubiger kann somit das ganze in der Schweiz befindliche schuldnerische Vermögen verwerten, ohne ein zweites Exequatur- oder Rechtsöffnungsverfahren durchführen zu müssen.

11.7.Wirkung der Nichtanerkennung

11.7.1.Keine Rechtskraft, beschränkte Beweiskraft

Die Nichtanerkennung stellt in erster Linie die Feststellung dar, dass der ausländische Entscheid im Inland keine - einem Urteil sonst zukommenden - Wirkungen haben kann (66). Insbesondere wird seine materielle Rechtskraft nicht auf das Inland erstreckt, so dass die Einrede der res iudicata nicht gegeben ist (67) und einer erneuten Klage im Inland nichts im Wege steht. Weil das nichtanerkannte Urteil keine prozessualen Wirkungen hat, ist auch seine Tatbestandsfeststellung für den Zweitrichter nicht strikte verbindlich. Dennoch ist es wie jede andere Urkunde (68) ein Beweismittel, das der freien Beweiswürdigung des Gerichtes unterliegt.

Das Urteil wie auch das ausländische Verfahren als solches können unter Umständen immerhin als Tatsachen Beachtung finden, so im Hinblick auf den guten Glauben der Parteien (69).

65 Guldener IZPR 117 bei N.124 sowie 86 bei N.15.

66 Zu den Wirkungen der Nichtanerkennung vgl. Martiny 156.

67 Ausdrücklich : BS 258 Abs.9.

68 Jedoch wohl nicht im Sinne des Art.9 ZGB; anderer Ansicht Guldener IZPR 194ff; vgl. auch Geimer/Schütze 1735; Rosenberg/Schwab 958 bei N.53; Martiny 158; Probst 17 bei N.2.

69 Martiny 158.

11.7.2. Rückforderung des Geleisteten ?

Eine äusserst heikle Frage geht dahin, ob der im Ausland Unterlegene das dort allenfalls Geleistete (70) gestützt auf die Nichtanerkennung im Inland zurückverlangen kann, etwa als Rückleistung einer grundlosen Bereicherung. Die Nichtanerkennung lässt die Einrede der abgeurteilten Sache entfallen, so dass eine Bereicherungsklage bei gegebenem schweizerischem Gerichtsstand in zweifellos zulässig ist.

Ein Teil der (gespaltenen) Lehre (71) betrachtet auch das nicht anerkennungsfähige ausländische Urteil als "iusta causa", so dass die Bereicherung des Prozessiegers im erststaatlichen Verfahren gerade nicht "ungerechtfertigt" ist, eine Rückleistung mithin ausgeschlossen ist. Ob jedoch eine iusta causa vorliegt oder nicht, muss das gemäss unserem IPR anwendbare Bereicherungsstatut entscheiden (72).

70 Oder doch wenigstens ein Teil; vgl. oben 4.5.4.

71 Martiny 157 mit Nachweisen bei N.1016 und 1017; Zöllner/Geimer, N.R I zu § 328 ZPO.

72 Dies führt zu weiteren Schwierigkeiten. Eine allgemeine Regel des IPR besagt nämlich, dass für die Rückleistung einer Bereicherung dasjenige Recht Anwendung finden soll, das die Leistung beherrschte. Ist dies in unserem Fall das auf den Streitfall materiell anwendbare Recht oder das (materielle Recht) am ausländischen forum oder schliesslich das gemäss dem dortigen IPR anwendbare Recht ?

12. Verfahren

12.1. Grundsätzliches

12.1.1. Verfahrensarten

Die Frage der Anerkennung stellt sich in den allermeisten Fällen vorfrageweise, sei es in Form einer Einrede der abgeurteilten Sache gegen die Erhebung einer neuen Klage, sei es aus Anlass eines Registereintrags gestützt auf ein ausländisches Statusurteil. Die Anerkennung in einem formellen Verfahren ist zwar selten, da hierfür zumeist das rechtserhebliche Interesse fehlt, aber durchaus denkbar (1).

Anders sieht es aus, wenn ein ausländisches Leistungsurteil im Inland zwangsweise zu vollstrecken ist. Nach allgemeiner Auffassung muss der Zweitstaat in diesem Falle seine Zustimmung zur Vollstreckung ausdrücklich erteilen, indem er das ausländische Urteil formell für vollstreckbar erklärt, das sogenannte "Exequatur" erteilt (2).

12.1.2. Anwendbares Recht

Das nicht immer leicht entwirrbare Zusammenspiel zwischen kantonalem und Bundesrecht (3) findet nicht nur bei den Voraussetzungen der Anerkennung und Vollstreckung, sondern auch beim Verfahren statt. Die Anwendungsgebiete sind jedoch keineswegs kongruent. So können durchaus Urteile, deren Vollstreckungsvoraussetzungen kantonalem Recht unterstehen, in einem bundesrechtlich geordneten Verfahren durchzusetzen sein und umgekehrt. Einige Staatsverträge des Bundes enthalten zwar einige wenige Bestimmungen über das Verfahren (4); diese

-
- 1 Als Feststellungsklage, vgl. 12.3.1.; eine formelle Anerkennung ist aber auch dann nicht nötig, wenn ein Staatsvertrag für die Vollstreckung ein formelles Exequatur vorschreibt; Sträuli/Messmer N. 23 zu § 302 ZPO; Guldener IZPR 114; BGE 98 Ia 546; SJZ 54 (1958) Nr.150; Keller/Siehr Lehren 625.
 - 2 Im kantonalen Exequaturverfahren, unten 12.4. oder im Rechtsöffnungsverfahren, unten 12.5.
 - 3 Oben 2.4.5.
 - 4 Belgien 5 Abs.3 : "möglichst einfach, rasch und billig"; Deutschland 6 Abs.2 : "möglichst einfach und schleunig".

sind jedoch nicht konkret genug, um in der Praxis Beachtung finden zu können. Das IPRG wird zwar die Voraussetzungen, nicht jedoch das Verfahren vereinheitlichen (5).

Die Vollstreckung von Leistungsurteilen untersteht der Zweiteilung des schweizerischen Vollstreckungsrechts : Urteile lautend auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung werden im bundesrechtlichen SchKG-Verfahren (6), alle übrigen Leistungsurteile im kantonalechtlichen Zwangsvollstreckungsverfahren durchgesetzt (7). Die formelle Feststellung der Anerkennung erfolgt - soweit überhaupt zulässig - in jedem Fall gemäss kantonalem Recht. Stellt sich die Anerkennungs- bzw. Vollstreckungsfähigkeit als Vorfrage, so ist grundsätzlich das Prozessrecht anzuwenden, das zur Beurteilung der Hauptfrage berufen ist (8).

12.1.3.Aufgabe des Zweitrichters

Der Zweitrichter hat zu prüfen, ob das ausländische Urteil die Voraussetzungen, die das einschlägige Anerkennungsrecht vorschreibt, erfüllt oder nicht. Da wegen des Verbots der *révision au fond* (9) weder die richtige Tatbestandsermittlung durch den Erstrichter noch die materielle Richtigkeit des Urteils überprüft werden (10), ist die Aufgabe des Zweitrichters eine recht formelle Angelegenheit. Als erstes ist die Rechtskraft und gegebenenfalls die Vollstreckbarkeit im Urteilsstaat gemäss dessen eigenem Recht zu überprüfen (11). Regelmässig wird ein Rechtskraftzeugnis auf dem Titel selbst genügen. Danach sind die einzelnen Anerkennungsvoraussetzungen zu überprüfen, wobei die Hauptprüfung die internationale Zuständigkeit des Urteilsgerichtes betreffen wird. Hinsicht-

-
- 5 Art.27 IPRG enthält nur einige Mindestanforderungen an das kantonale Verfahren; vgl. Botschaft 330f.
- 6 Art.38 Abs.1 SchKG; auch Schiedssprüche : Rüede/Hadenfeldt 312 Ziff. 6a; BGE 93 I 270.
- 7 Die kantonalen Bestimmungen zitiert bei Vogel 15 N.1; vgl. Haubensak passim.
- 8 Unten 12.2.
- 9 Oben 1.6.2.
- 10 Ausdrücklich : Belgien 3 und 7; Deutschland 5; Italien 4 Abs.2; Liechtenstein 3 und 6; Schweden 6; Spanien 5 Abs.1; Tschechoslowakei 1 Abs.2 und 3 Abs.2.
- 11 vgl. Geimer/Schütze 1465ff.

lich der Überprüfung der Anerkennungsvoraussetzungen ist der Zweitrichter sowohl in tatsächlicher wie auch rechtlicher Hinsicht frei (12). So ist er etwa an die Feststellung des Erstrichters, der Beklagte habe zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit Wohnsitz im Urteilsstaat gehabt, nicht gebunden.

12.1.4. Vorzulegende Urkunden

Die Voraussetzungen der Anerkennung werden in der Regel durch Urkunden bewiesen (13). Damit soll nicht gesagt sein, dass andere Beweismittel nicht zulässig wären (14), aber zumindest das Urteil selbst, seine Beglaubigung sowie das Rechtskraftzeugnis werden wohl immer in Urkundsform vorliegen müssen. Grundsätzlich müssen alle Urkunden vom urteilenden Gericht ausgestellt, öffentlich beglaubigt und gegebenenfalls überbeglaubigt sein (15). Auf die Beglaubigungen kann verzichtet werden, wenn die Echtheit der Urkunde nicht bestritten ist oder sich sonstwie mit Sicherheit ergibt (16). Alle Urkunden müssen im Original oder in einer beglaubigten "Abschrift" vorgelegt werden. Heutzutage wird eine Fotokopie genügen, deren Übereinstimmung mit dem Original vom urteilenden Gericht selbst oder von einer Urkundsperson bestätigt wird (17). Die Urkunden müssen im weiteren von einer Übersetzung in eine unserer Amtssprachen begleitet sein (18). Im allgemeinen sind vom Anerkennungskläger - unter Vorbehalt all-

-
- 12 Ausdrücklich : Deutschland 5; Italien 4 Abs.1; Schweden 6; BGE 98 Ia 319; vgl. Alexander 7; Geimer/Schütze 1467; Martiny 356.
 - 13 Deutschland 7; Frankreich 16; Guldener IZPR 116; Panchaud/Caprez 284.
 - 14 Sträuli/Messmer N.28 zu § 302 ZPO; BGE 85 II 85.
 - 15 Probst 112; zur Beglaubigung vgl. SR 0.172.030.4; anders Liechtenstein 5 Abs.2.
 - 16 Staehelin Staatsverträge 587.
 - 17 Botschaft 330 unten; Liechti 47; Belgien 6 Abs.3 verzichtet ausdrücklich auf die Beglaubigung; vgl. auch Staehelin Staatsverträge 587.
 - 18 Deutschland 7 Abs.2; Belgien 6 Abs.2; Italien 5 Abs.1 Ziff.4; Liechtenstein 5 Abs.1 Ziff.5; Österreich 6; Schweden 10 Abs.4; Tschechoslowakei 4 Ziff.4; New York IV; Haager Abkommen ZPR 19.

fälliger ausdrücklicher Vorschriften - folgende Urkunden vorzulegen(19):

- a) Urteil
- b) Rechtskraftbescheinigung des Urteilsgerichtes
- c) gegebenenfalls Vollstreckbarkeitsbescheinigung (20)
- d) Abschrift der einleitenden Ladung, aus der sich die Art der Zustellung ergibt (21)
- e) Klageschrift oder sonstige Urkunden aus denen sich der Sachverhalt ersehen lässt, wenn aus Urteilserwägungen nicht ersichtlich (im Hinblick auf ordre public-Prüfung)

Bei gerichtlichen **Vergleichen** ist nebst dem Vergleich selbst noch der Abschreibungsbeschluss des Gerichtes oder die Bescheinigung vorzulegen, dass das Gericht vom Inhalt des Vergleiches Kenntnis genommen und den Prozess deshalb als erledigt abgeschrieben hat (22). Bei **Schiedssprüchen** ist nebst dem Schiedsspruch noch eine beglaubigte Ausfertigung der Schiedsvereinbarung einzureichen sowie eine Bescheinigung des Schiedsgerichtes, dass der Spruch endgültig ist (23).

Bei der Beurteilung solcher ausländischer Urkunden ist eine gewisse Grosszügigkeit angebracht. Nicht jedes ausländische Gericht ist nämlich aufgrund seiner lex fori in der Lage, die von uns verlangten Bestätigungen und Beglaubigungen ohne weiteres zu leisten. Sind die materiellen Voraussetzungen ohne Zweifel erfüllt, kann auf die Formerfordernisse weitgehend verzichtet werden (24).

12.1.5.Prozessuales

Die Kantone sind frei, das Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren sowie die anwendbaren **Prozessmaximen** zu bestimmen

19 Belgien 6 Abs.1; Frankreich 16; Italien 5; Liechtenstein 5; Österreich 6; Schweden 10; Spanien 2; Tschechoslowakei 4; NE 504; FR 347.

20 Nach der hier vertretenen Auffassung jedoch nur dann, wenn dies vom einschlägigen Anerkennungsrecht ausdrücklich verlangt wird; oben 5.5.3.

21 BLSchK 1976 131 Nr.34; Liechti 48.

22 Niedermann 42; zum Vergleich allgemein oben 3.2.1.

23 New York IV; Niedermann 42f; zu Schiedssprüchen oben 3.6.1.

24 Probst 116f; Niedermann 41; BGE 97 I 253 E.3; 58 I 420; 57 I 27.

(25). Zumeist kommen die Dispositions- und Verhandlungsmaxime zur Anwendung. Dies ist auch angemessen, weil ein Schutz des Anerkennungsbeklagten gegen seinen Willen nicht sinnvoll ist. Nur die Übereinstimmung mit unserem materiellen ordre public wird von Amtes wegen überprüft und untersteht der Offizialmaxime (26).

Für die **Beweislast** gilt der allgemeine Grundsatz, dass der Kläger die rechtsbegründenden und der Beklagte die rechtsaufhebenden bzw. die rechtshindernden Tatsachen zu beweisen habe (27). Der Anerkennungskläger hat also die eigentlichen Voraussetzungen der Anerkennung zu beweisen, der Beklagte die von ihm einredeweise geltend gemachten rechtsaufhebenden Tatsachen, die sogenannten "Verweigerungs-" bzw. "Versagungsgründe". Allerdings ist zu beachten, dass die Einteilung in Voraussetzungen und Verweigerungsgründe eine blosser Frage der Gesetzestechnik ist, so dass nicht auf die Formulierung im Gesetz abgestellt werden kann (28).

Wenn ein Prozessgesetz nämlich bestimmt, dass ein ausländisches Urteil nicht anerkannt werde, wenn der Beklagte nicht gehörig vorgeladen worden sei, so will dies nicht heissen, dass der Beklagte die Nichtladung zu beweisen habe (29), sondern bedeutet, dass der Anerkennungskläger zumindest auf Einrede des Beklagten hin einen Beleg für die gehörige Ladung des Beklagten vorlegen muss.

Es ist noch festzuhalten, dass die Beweislastverteilung selbstverständlich nicht von der Verteilung der Parteirollen abhängt (30). Auch bei der negativen Feststellungsklage (31)

25 Österreich 1 Abs.2 und 5 Abs.2 sowie Tschechoslowakei 1 Abs.2 und 3 Abs.2 schreiben die Offizialmaxime vor; unter Berufung auf die allgemeinen Grundsätze, dargestellt bei Guldener ZPR 170, hält Niedermann 40 die Offizialmaxime für zwingend, da die Vollstreckbarerklärung eine Rechtsgestaltung ist, die durch privates Rechtsgeschäft der Parteien nicht bewirkt werden kann; vgl. jedoch Guldener IZPR 117 Ziff.2 und 156 Ziff.3; für Deutschland : Rosenberg/Schwab 958 bei N.49.

26 Oben 9.2.2.

27 Art.8 ZGB; Guldener ZPR 325 bei N.42; Vogel 10 N 34ff; Walder 28 Rz 6-13; vgl. auch Bertheau 54.

28 Gleicher Ansicht Guldener IZPR 97 bei N.32; Kaufmann Tendenzen 369; Martiny 145 bei N.920; anderer Ansicht Niedermann 39.

29 "Negativa non sunt probanda"; Vogel 10 N 38ff; Walder 28 Rz 20.

30 Walder 28 Rz 14.

31 Unten 12.3.2.

gilt die selbe Beweislastverteilung wie im gewöhnlichen Exequaturverfahren.

Die Kantone sind zumindest ausserhalb des Anwendungsbereichs der Staatsverträge (32) frei, die **Kosten und Entschädigungen** im Anerkennungs- und Vollstreckungsprozess zu regeln. Das Verfahren ist in den meisten Kantonen ein bloss summarisches, so dass die Kosten (und damit auch das Prozesskostenrisiko) deutlich kleiner sind als etwa in einem ordentlichen Zweitprozess. Die Kosten und Parteientschädigungen des Rechtsöffnungsverfahrens sind in Art.51 und 68 GebT geregelt. Darüber hinausgehende Kosten des kantonalen Rechts können nicht belastet werden, es sei denn für das gleichzeitig erteilte Exequatur, wie wenn letzteres selbständig erteilt worden wäre. Auch in dieser Beziehung sind diese beiden Fragen zu trennen.

12.2.Anerkennung und Vollstreckung als Vorfragen

12.2.1."Echte" Vorfragen

Die Frage nach der blossen Anerkennung stellt sich in den meisten Fällen nur vorfrageweise im Hinblick auf eine indirekte Wirkung des ausländischen Urteils (33). So soll etwa ein familien- oder erbrechtliches Urteil als Beleg für eine Zivilstandseintragung dienen (34) oder als causa einer Sozialleistung anerkannt werden. Den wohl häufigsten Fall stellt die Einrede der abgeurteilten Sache dar, deren vorfrageweise Bejahung zur Abweisung einer zu Unrecht erhobenen Zweitklage führt. Die Einrede der res iudicata kann aus jedem rechtskräftigen Urteil abgeleitet werden, so dass auch vom Inhalt her vollstreckbare Leistungsurteile "nur" vorfrageweise anerkannt werden können. Auch bei der - in Handelssachen irrelevanten - Anerkennung ausländischer Entscheide anlässlich der Eintragung in Zivilstandsregister gemäss Art. 137

32 Einschränkungen durch Belgien 5 Abs.3 : "billig" und Italien 6, das der im Urteilsstaat zum Armenrecht zugelassenen Partei automatisch das Armenrecht auch im Zweitstaat garantiert; vgl. Liechti 52.

33 Storck 9; kritisch zur vorfrageweisen Beurteilung durch Verwaltungsbehörden Petitpierre 38; zum deutschen Recht Martiny 89.

34 Art.137 der Zivilstandsverordnung; Niedermann 187 bei N.22.

der Zivilstandsverordnung (35) handelt es sich um eine solche Vorfrage (36).

12.2.2. "Unechte" Vorfragen

Die Vollstreckbarkeit eines Leistungsurteils lautend auf Geldzahlung muss - zumindest im Anwendungsbereich der Staatsverträge (37) - von Bundesrechts wegen im Rechtsöffnungsverfahren entschieden werden, ein separates Exequaturverfahren hat daneben keinen Platz (38). Häufig wird diese Art der Vollstreckbarerklärung als Vorfrage der Rechtsöffnung verstanden (39). Dies ist zwar recht anschaulich, meines Erachtens jedoch unpräzis. Die Vollstreckbarkeit im Inland ist eine neue Wirkung, die dem ausländischen Urteil verliehen werden muss (40), was nicht vorfrageweise geschehen kann, sondern nur durch ein rechtskräftiges Gestaltungsurteil, das der Rechtsöffnung - zumindest gedanklich - vorauszugehen hat. Es handelt sich nicht um eine echte Vorfrage, sondern um ein zeitliches Zusammenfallen zweier selbständiger Entscheide.

12.2.3. Anwendbares Recht

Die Anerkennungs- bzw. die Vollstreckbarkeit werden auch als Vorfragen selbständig angeknüpft und unterstehen nicht der *lex causae*, dem materiell anwendbaren Recht der Hauptsache (41). Ist etwa bei der Klage gegen den schweizerischen Garanten vorfrageweise der Bestand der Hauptschuld zu beurteilen (42) und besteht hierzu ein ausländisches Urteil, so unter-

35 Zuständig ist die Aufsichtsbehörde; vgl. auch Italien 3 Abs.1.

36 Guldener IZPR 117f; Niedermann 187 bei N.22.

37 Hierzu unten 12.5.3. und 12.5.4.

38 Staehelin 574 bei N.91; BGE 105 Ib 43; 101 Ia 522; 98 Ia 532; ZR 67 Nr.112.

39 Niedermann 36; Guldener IZPR 114 bei N.106; Sträuli/Messmer N.25 zu § 302 ZPO; Staehelin Staatsverträge 574 bei N.91; Schauwecker § 2.

40 Das Exequatur wirkt konstitutiv; oben 11.2.1.; Niedermann 30; Martiny 197f.

41 Zum Zusammenspiel der materiellen *lex causae* und der prozessrechtlichen Anerkennungsregeln vgl. oben 11.5. bezüglich Verjährungsunterbrechung und Arrestprosequierung; zu gegenteiligen Theorien vgl. oben 10.4.2.

42 Ob dies nötig ist, hängt vom - gemäss IPR - anwendbaren materiellen Recht ab.

steht dessen Anerkennung weder dem Bürgerschaftsstatut noch dem Statut der Hauptschuld, sondern nur den schweizerischen Regeln über Anerkennung und Vollstreckung.

12.3.Feststellungsklagen

Feststellungsklagen dienen der Rechtssicherheit. Sie sollen strittige Rechte oder Rechtsverhältnisse klären (43), ohne dass diese Rechte auch gleich durchgesetzt würden. Feststellungsklagen sind einmal dann zulässig, wenn sie ausdrücklich vorgesehen sind, bsp. im Immaterialgüterrecht oder im Persönlichkeitsschutzrecht (44). Darüber hinaus jedoch nur, wenn ein besonderes, rechtserhebliches Interesse besteht und Leistungs- oder Gestaltungsklagen ausgeschlossen sind (45).

12.3.1.Zulässigkeit im Anerkennungsrecht

Die Vollstreckbarerklärung ist ein rechtsgestaltender Akt, so dass eine blosser Feststellung zum vornherein ausscheidet. Auch die Feststellung, dass alle Vollstreckungsvoraussetzungen erfüllt sind, ist wegen der Subsidiarität ausgeschlossen (46). Bei der blossen Anerkennung wird in der Regel ein Feststellungsinteresse zu verneinen sein, da die Anerkennungsfähigkeit vorfrageweise geprüft werden kann (47). Analog zum innerstaatlichen Recht sind jedoch Fälle denkbar, in denen ein hinreichendes Interesse an blosser Feststellung besteht. Dies etwa dann, wenn der anzuerkennende Entscheid selbst ein Feststellungsurteil ist (48), bei der umstrittenen Rechtsbeständigkeit eines Vertrages, aus dem Teilleistungen zu fordern sind oder auch, wenn bloss der Grundsatz strittig ist und eine Befolgung des Feststellungsurteils sicher ist, etwa

43 Guldener ZPR 208; Sträuli/Messmer N.4a zu § 59 ZPO.

44 Art.28a Abs.1 lit.c ZGB; Art.74 Patentgesetz (SR 232.14); Art.2 Abs.1 lit.a Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (SR 241); Art.6 Abs.1 Kartellgesetz (SR 251).

45 Vogel 7 N 23ff; Walder ZPR 24 Rz 8.

46 Es wäre nämlich ein eigenständiges separates Exequatur (Gestaltungsklage) zulässig; vgl. unten 12.5.5.

47 Anderer Ansicht Niedermann 35 bei N.48; Guldener IZPR 115 bei N.108.

48 BGE 98 Ia 537ff E.2; Schwander § 36-3 S.204.

gegenüber inländischen Behörden (49). An das Feststellungsinteresse sind strenge Anforderungen zu stellen, wenn man sich die beschränkte Wirkung eines solchen Urteils vor Augen hält. Insbesondere sind Verwaltungsbehörden an das gefällte Urteil nicht gebunden, sondern überprüfen die Anerkennungsvoraussetzungen von neuem und selbständig. Das Anwendungsgebiet der eigenständigen Feststellungsklage ist im Anerkennungsrecht also recht bescheiden.

Die Zulässigkeit von Feststellungsklagen richtet sich mit einer Ausnahme nach materiellem Bundesrecht (50). Nur die Feststellung der Echtheit einer **Urkunde**, untersteht kantonailem Recht (51). Dies ist etwa von Bedeutung, wenn die Echtheit eines zu vollstreckenden Titels strittig ist.

12.3.2. Negative Feststellungsklage

Dem Verlierer des Erstprozesses, der die Nichtvollstreckbarkeit des ihn belastenden Urteils im Inland festgestellt haben möchte, bleibt die Wahl, abzuwarten, ob die siegreiche Partei das ausländische Urteil auch im Inland geltend machen wird oder aber, auf Feststellung der Nichtvollstreckbarkeit zu klagen (52). Ein legitimes Feststellungsinteresse kann etwa dann vorhanden sein, wenn die siegreiche Gegenpartei das erstrittene Urteil aussergerichtlich geltend macht (53). Allerdings ist auch in diesem Fall das besondere Feststellungsinteresse nachzuweisen (54), die Tatsache des Unterliegens im Erstprozess als solche genügt nicht (55).

49 BGE 99 II 173; 97 II 375; weitere Beispiele bei Sträuli/Messmer N.4c zu § 59 ZPO.

50 Walder 24 Rz 18ff; Vogel 2 N 33ff und 7 N 25.

51 Sträuli/Messmer N.3 zu § 59 ZPO.

52 Guldener IZPR Supplement 22; Sträuli/Messmer N.24 in fine zu § 302 ZPO; Schwander § 36-3 S.204.

53 Oder zu befürchten ist, dass sie gestützt auf dieses Urteil in der Schweiz gelegenes Vermögen verarrestieren will.

54 Walder ZPR 24 Rz 9.

55 BGE 110 II 188 E.1 und 2; Sträuli/Messmer N.8 zu § 59 ZPO.

12.4.Exequaturverfahren

Das kantonalrechtliche formelle Exequaturverfahren (56) findet Anwendung auf die Vollstreckbarerklärung ausländischer Leistungsurteile, die weder auf Geldzahlung noch auf Sicherheitsleistung lauten, die also nicht im bundesrechtlichen SchKG-Verfahren vollstreckt werden. Dies sind insbesondere Urteile auf Herausgabe einer Sache oder sonstige Befehle (57), etwas zu tun, dulden oder zu unterlassen.

12.4.1.Zuständigkeit

Die **örtliche** Zuständigkeit für das Exequatur beurteilt sich nach den allgemeinen Gerichtsstandsregeln (58). Allerdings muss sie immer dann gegeben sein, wenn eine Vollstreckung möglich ist (59). Nebst dem allgemeinen Wohnsitzgerichtsstand kommt insbesondere der Lageort eines Grundstücks oder der Ort der gelegenen Sache als Gerichtsstand in Frage. Befindet sich im betreffenden Kanton weder mobiles noch immobiles Vollstreckungssubstrat, wird es ohnehin an einem genügenden Rechtsschutzinteresse für ein Exequaturverfahren fehlen.

Sachlich zuständig ist in den meisten Kantonen (60) das Obergericht oder ein Einzelrichter am Obergericht (61) als einzige Instanz. In Zürich, Schwyz, Zug und Schaffhausen ist erstinstanzlich der Einzelrichter im summarischen Verfahren zuständig, das kantonale Obergericht ist Rekursinstanz. In Solothurn ist der Amtsgerichtspräsident Exequaturrichter, in St.Gallen der Rekursrichter, in Basel der Richter im ordentlichen Verfahren.

-
- 56 VD 507 Abs.1 : "déclaration d'exequatur"; TI 510 Abs.1 : "giudizio di deliberazione" bzw. 511 Abs.1 : "dichiarazione dell'esecutività".
- 57 Beispiele bei Vogel 15 N 7; Walder ZPR 41 Rz 8.
- 58 Sträuli/Messmer N.27 zu § 302 ZPO; vgl. jedoch ZH 302 Abs.2 Satz 2.
- 59 Guldener IZPR 116 N.114; Sträuli/Messmer N.27 zu § 302 ZPO; ZR 57 (1958) Nr.151.
- 60 BE 401 Abs.1 (Appellationshof); LU 325 Abs.1; UR 295 Abs.1; FR 346 Abs.1 (Kantonsgericht); TG 320; TI 510 Abs.1 (Camera civile d'appello); VD 507 Abs.1; VS 383 Abs.1; NE 501; JU 394 Abs.1 (cour civile).
- 61 AR 287 Abs.2; GR 291 Abs.1.

Einige Kantone (62) legen den Entscheid über die Verweigerung der Vollstreckung wegen fehlenden Gegenrechts in die Hand der Exekutive, was den politischen Charakter dieses Verweigerungsgrundes betont (63).

12.4.2. Verfahrensarten

Abgesehen von Basel-Stadt, wo das ordentliche Verfahren vorgeschrieben ist (64) wird über das Exequatur in einem **summarischen** Verfahren entschieden, auch wenn es nicht immer so benannt ist. Das Verbot der *révision au fond* schliesst ja eine materielle Nachprüfung des Urteils aus und beschränkt das Verfahren auf die Nachprüfung einiger formeller Punkte. Die Zivilprozessordnungen beschränken die Zahl der Parteivorträge in der Regel auf je einen. Dies wird wohl nicht gelten können, wenn die Rüge der Verletzung des einheimischen *ordre public* vorgebracht wird, da in diesem Fall mehr als nur Formelles zu überprüfen ist.

Der Grundsatz "*audiatur et altera pars*" muss auch im Vollstreckungsrecht Anwendung finden. Die Erteilung des Exequaturs gestützt allein auf das Begehren des Vollstreckungsklägers würde zweifellos die Parteirechte des Beklagten verletzen und wäre mit der Praxis des Bundesgerichtes zu Art.4 BV nicht vereinbar. Die Vollstreckungsverträge mit Deutschland und Frankreich (65), einige Zivilprozessordnungen (66) sowie das IPRG (67) enthalten diesen Grundsatz ausdrücklich. Im Exequaturverfahren müssen alle Beweismittel zulässig sein, da eine Überweisung ins ordentliche Verfahren nicht stattfinden kann (68).

62 BE 401 Abs.4; SO 323 Abs.5; JU 394 Abs.4.

63 Oben 8.1.3.

64 BS 258 Abs.1; früher auch Genf, vgl. Perret 271.

65 Deutschland 6 Abs.1; Frankreich 16 Abs.2 in fine.

66 BE 401 Abs.1; LU 325 Abs.1; UR 295 Abs.1; FR 347 Abs.2 und Abs.4; GR 291 Abs.1; VS 383 Abs.1; VD 507 Abs.4; JU 394 Abs.1.

67 Art.27 Abs.2 IPRG.

68 Sträuli/Messmer N.28 zu § 302 ZPO und N.3 zu § 209 ZPO; BGE 61 I 277.

12.4.3. Exequatur als Vorfrage ?

Die Erteilung des Exequaturs ist zumeist gleichbedeutend mit der Zulassung des ausländischen Urteils als Vollstreckungstitel für das inländische Zwangsvollstreckungsverfahren, das sich regelmässig unmittelbar an das Exequatur anschliesst. Es fragt sich, ob nicht direkt die Zwangsvollstreckung beim hierfür zuständigen Richter begehrt werden kann und dieser über die Erteilung des Exequaturs vorfrageweise entscheiden kann. Zahlreiche Kantone behalten die Entscheidung über das Exequatur von Gesetzes wegen einem besonders bezeichneten, hierarchisch hochstehenden Gericht oder aber bezüglich des Gegenrechts einer Verwaltungsbehörde vor. Die Zwangsvollstreckung wird jedoch im allgemeinen von einem unteren Gericht, zumeist von einem Einzelrichter im betreffenden Vollstreckungsbezirk (69) bewilligt. Eine Zusammenlegung wäre eine unzulässige Umgehung der gesetzlich vorgeschriebenen Kompetenzregelung (70).

Andererseits kann eine solche Lösung Platz greifen, wo für beide Entscheide der selbe Richter zuständig ist, wie etwa der zürcherische Einzelrichter am Bezirksgericht. Die Zürcher Praxis lässt diese Zusammenlegung auch tatsächlich zu (71). Aber auch in diesem Fall muss das Exequatur Eingang in das Dispositiv finden, am besten als eigene Ziffer. Es untersteht auch für sich allein dem Rekurs an das Obergericht (72).

12.4.4. Zulässigkeit des ordentlichen Verfahrens ?

Darf der Kläger des Erstverfahrens seine Klage im Inland ein zweites mal anhängig machen ? Hieran könnte er dann ein Interesse haben, wenn er entweder im Erstverfahren ganz oder

69 BE 401 Abs.1 (Appellationshof als Exequaturbehörde) im Gegensatz zu BE 402 Abs.1 (Bezirksgerichtspräsident als Vollstreckungsrichter).

70 Guldener IZPR 115 bei N.109.

71 Guldener IZPR 115 N.109; Sträuli/Messmer N.25 zu § 302 ZPO.

72 Sträuli/Messmer N.29 zu § 302 ZPO; hier zeigt sich, dass das Exequatur eben bloss eine "unechte" Vorfrage ist.

zum Teil unterlegen ist (73) oder aber wenn die Anerkennung im Inland fraglich ist und ein Vollstreckungsverfahren deshalb mit zu hohen Risiken verbunden wäre (74).

Die erste Frage ist klar zu beantworten, denn der siegreiche Beklagte des Erstprozesses wird zweifellos die Einrede der abgeurteilten Sache erheben und so eine Neuurteilung durch den Zweitrichter verhindern können. Im zweiten ist es jedoch durchaus denkbar, dass es für den Kläger - obwohl er im Erstverfahren obsiegt hatte - sicherer und vorteilhafter ist, im Zweitstaat ein neues ordentliches Verfahren zu beginnen. Der unterlegene Beklagte des Erstverfahrens steht vor der Alternative, sich entweder auf einen neuen Prozess einzulassen oder aber die Einrede der abgeurteilten Sache zu erheben, dadurch aber konkludent anzuerkennen, dass das Ersturteil im Inland vollstreckbar ist. Denn es wäre ein unzulässiges, gemäss Art.2 ZGB nicht zu schützendes *venire contra factum proprium*, wenn sich der Beklagte zwar gegenüber der ordentlichen Zweitklage auf das ausländische Urteil anerkennungsfähige als *res iudicata* berufen, im Anerkennungsverfahren aber den gegenteiligen Standpunkt einnehmen würde (75).

Das Vorliegen einer *res iudicata* wird gemäss der Zürcher Zivilprozessordnung nicht von Amtes wegen beachtet (76), so dass einer Zweitklage im Vollstreckungsstaat in der Regel nichts im Wege stehen sollte, denn der Beklagte dürfte sich noch eher auf einen Zweitprozess einlassen, als das für ihn ungünstige Ersturteil zu akzeptieren.

73 Falls die Anerkennung bzw. Vollstreckbarerklärung abgelehnt wird, ist eine zweite (ordentliche) Klage der einzige Ausweg; ein negativer Exequaturentscheid steht gleich wie die Abweisung eines Rechtsöffnungsbegehrens einerseits mangels materieller Rechtskraft und andererseits mangels Identität des Rechtsbegehrens einem ordentlichen Zweitprozess nicht entgegen; Sträuli/Messmer N.9 zu § 213 ZPO; vgl. auch Martiny 159.

74 Auch der Kläger, der materiell ohne Zweifel im Recht ist, könnte dann den Anerkennungsprozess - unter Kostenfolge - verlieren, wenn das Erstgericht etwa den prozessualen *ordre public* verletzt hatte.

75 Probst 22 oben.

76 ZH 191 Abs.4; vgl. Walder 26 Rz 118.

12.5.Rechtsöffnungsverfahren

12.5.1.Schuldbetreibung und Konkurs

Das bundesrechtliche SchKG-Verfahren ist für die Durchsetzung ausländischer Urteile in Handelssachen von grösster Bedeutung. Die "Schuldbetreibung" ermöglicht nämlich eine rasche Durchsetzung von Geldforderungen, insbesondere dann, wenn sie bereits gerichtlich festgestellt worden sind wie in unserem Fall. Die schnelle Rechtsöffnung (77) ist für den Sieger des Erkenntnisverfahrens von grossem Vorteil.

Allerdings ist das SchKG ein formelles und sehr strenges Recht, gespickt mit zahlreichen Verwirkungsfristen, die schon manchem Rechtsanwalt zum Verhängnis wurden. Dies sei an einem drastischen - nicht erfundenen - Beispiel belegt :

In einem ausländischen Prozess wird über eine Geldforderung gestritten. Während des Prozesses lässt der Gläubiger ein Schweizer Bankkonto des Schuldners mit Arrestbeschluss belegen, wobei die ausländische Klageschrift als Ausweis für die Glaubhaftmachung der Arrestforderung dient. Eine besondere Prosequierung ist in diesem Fall gemäss Art. 278 Abs.3 SchKG nicht nötig (78). Der Schuldner sichert sich durch Leistung einer Bankgarantie (79) die freie Verfügung über sein Konto und transferiert das Geld in einen Drittstaat.

Nach einem dornenvollen Prozess im Ausland erstreitet der Gläubiger mit grossem Aufwand ein rechtskräftiges Urteil und stellt das Exequatur- und Rechtsöffnungsbegehren. Der Schuldner wehrt sich auch im Inland mit allen Mitteln und zieht die Erteilung des Exequaturs bis vors Bundesgericht (80). Endlich entscheidet dieses nach wiederum jahrelangem Prozessieren - letztinstanzlich - zu Gunsten des Gläubigers.

77 Art.80ff SchKG; hierzu Fritzsche/Walder § 19 S.232ff; allerdings ist der Begriff "schnell" zu relativieren; die fünftägige Frist des Art.84 SchKG wird etwa vom Rechtsöffnungsrichter des Bezirksamtes Bülach als Versehen des Gesetzgebers dargestellt : es müsse statt "fünf Tage" richtig "fünf Monate" heissen. Dass es bisweilen fünf Jahre gehen kann, ist oben 5.3.1. zu ersehen.

78 Oben 11.5.3.

79 Sicherheit gemäss Art.277 SchKG.

80 Mit der staatsrechtlichen Beschwerde; hierzu unten 12.6.4.

Die grosse Mühe (drei ausländische und drei einheimische Gerichtsverfahren) hat sich also doch gelohnt, einem Zugriff auf das Schweizer Bankkonto steht nichts mehr im Wege. Während Klient und Anwalt den errungenen Sieg feiern, trifft - zwei Wochen nach dem endgültigen Sieg - die zweizeilige Mitteilung des Betreibungsamtes ein, der Arrest sei entgegen Art. 278 Abs.3 SchKG nicht innert 10 Tagen seit Fällung des Bundesgerichtsurteils durch Fortsetzungsbegehren prosequiert worden, so dass er dahingefallen sei. Die formelle Strenge des SchKG ist dem Prozessieger zum Verhängnis geworden. Das Dahinfallen des Arrestes war in diesem Falle um so ärgerlicher, als allein eine Bankgarantie vom Arrestbeschluss betroffen war und der Schuldner kein sonstiges Vermögen mehr in der Schweiz besass, so dass ein zweiter Arrest erfolglos gewesen wäre (81).

12.5.2. Anwendungsgebiet der Rechtsöffnung

Das Rechtsöffnungsverfahren kommt zum Zuge, wenn ein sogenannter "Rechtsöffnungstitel" vorhanden ist, aufgrund dessen eine Beseitigung des Rechtsvorschlags (82) möglich ist. Erhebt der Schuldner keinen Rechtsvorschlag, kann die Betreibung ihren Fortgang nehmen, ohne dass das ausländische Urteil überhaupt vorgelegt werden müsste.

Das Gesetz unterscheidet provisorische und definitive Rechtsöffnung (83). Provisorische Rechtsöffnung wird erteilt, wenn eine durch Unterschrift bekräftigte Schuldanerkennung vorliegt, in unserem Zusammenhang etwa ein aussergerichtlicher Vergleich.

Definitive Rechtsöffnung wird hingegen erteilt bei rechtskräftigen Urteilen, deren Surrogaten und - im innerstaatlichen Verhältnis - auch bei Entscheidungen von Verwaltungsbehörden (84). Ausländische Urteile und -surrogate führen somit

81 Die Bankgarantie fiel mit dem Ende des Arrestes, für welchen sie ausgestellt worden war, ohne weiteres dahin.

82 Art.80 Abs.1 SchKG.

83 Art.80f einerseits und Art.82 SchKG anderseits.

84 Fritzsche/Walder 19 Rz 8f.

stets zur definitiven Rechtsöffnung. Ein falsches Begehren schadet jedoch nicht (85).

12.5.3. Rechtsöffnung aufgrund von Bundesrecht

Im Anwendungsbereich von Bundesrecht als materiellem (86) und formellem (87) Vollstreckungsrecht ist über die Vollstreckung ausschliesslich im Rechtsöffnungsverfahren zu entscheiden. Ein kantonalrechtliches, eigenständiges Exequaturverfahren hat daneben keinen Platz (88). Zuständig ist - auch bei anderer Kompetenzverteilung im kantonalen Prozessrecht - allein der Rechtsöffnungsrichter. Dies dürfte auch nach Inkrafttreten des IPRG gelten, wenn auch eine ausdrückliche Regelung fehlt (89).

Trotz dieser Einheit des Verfahrens ist nicht zu leugnen, dass der Rechtsöffnungsrichter über zwei verschiedene, wenn auch zusammenhängende Rechtsbegehren zu entscheiden hat. Durch Erteilung des Exequators verleiht er dem ausländischen Urteil die Vollstreckbarkeit im Inland und gewährt gestützt hierauf die definitive Rechtsöffnung.

Die Vollstreckbarkeit ist auch in diesem Fall eine nur "unechte" Vorfrage (90). Die originäre und konstitutive Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Urteils bleibt ein eigenständiges Gestaltungsurteil, auch wenn es aus prozessökonomischen Gründen im Rechtsöffnungsverfahren erteilt wird. Dies sollte auch im Dispositiv seinen Niederschlag finden, indem zwei verschiedene Ziffern gebildet werden (91).

-
- 85 Sträuli/Messmer N.6 zu § 213 ZPO; Fritzsche/Walder 18 Rz 20.
 - 86 Zurzeit also hauptsächlich Staatsvertragsrecht; de lege ferenda das IPRG.
 - 87 Urteile lautend auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung; Art.38 Abs.1 SchKG.
 - 88 Niedermann 36; Perret 246; Staehelin Staatsverträge 574 bei N.91; Probst 24 und 137; Praxisänderung in BGE 35 I 461; vgl. BGE 98 Ia 532; 101 Ia 522; 105 Ib 43; ZR 67 (1968) Nr.112; SJZ 64 Nr.192; weitere Nachweise bei Panchaud/Caprez § 115 S.281ff.
 - 89 Kaufmann-Kohler 218 bei N.32.
 - 90 Oben 12.2.2.
 - 91 Die Weglassung einer eigenen Exequaturziffer schadet jedoch nicht; Sträuli/Messmer N.15 zu § 272 ZPO; ZR 76 (1977) Nr.62 = SJZ 73 (1977) Nr.109; ZR 67 (1968) Nr.112 E.3.

Demgemäss unterscheidet die zürcherischen Praxis klar zwischen Vollstreckbarerklärung und Erteilung der Rechtsöffnung, mögen diese auch im selben Verfahren beurteilt werden sein (92). So sind gegen die Rechtsöffnung nur die ausserordentlichen kantonalen Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde und allenfalls der Revision (93) gegeben, gegen die damit verbundene Erteilung des Exequaturs jedoch der ordentliche Rekurs (94). Die Kosten werden für das erstere nach dem bundesrechtlichen Gebührentarif (95), fürs zweite nach dem kantonalen Recht berechnet (96).

12.5.4. Rechtsöffnung aufgrund kantonalen Rechts

Wie sieht nun aber das Verfahren aus, wenn Rechtsöffnung gestützt auf ein ausländisches Urteil begehrt wird, das gemäss kantonalem Recht anerkannt wird (97) ? Die Kantone sind ja - de lege lata - ausserhalb des Anwendungsgebietes der Staatsverträge (98) frei, sowohl die Voraussetzungen als auch das Verfahren zu regeln (99).

Dies führt dann zu keinen Schwierigkeiten, wenn der Rechtsöffnungs- und der Exequaturrichter identisch sind. So entscheidet der zürcherische Einzelrichter innerhalb des Rechtsöffnungsverfahren beide Fragen, genau gleich wie bei Anwendung des Bundesrechts.

Regelmässig ist diese Personalunion nicht gegeben (100). Derogiert das Bundesrecht auch in diesem Fall die kantonale Kompetenzordnung oder dürfen die Kantone vorgängig der Rechtsöffnung ein hiervon verschiedenes, eigenständiges Exequaturverfahren vor einem anderen Richter vorsehen ? Die

92 Dies ist regelmässig der Fall, Sträuli/Messmer N.25 zu § 302 ZPO.

93 Sträuli/Messmer N.15 zu § 272 ZPO; ZR 75 (1976) Nr.8.

94 Ausdrücklich ZH 272 Abs.2 Ziff.3; ZR 76 (1977) Nr.62; Sträuli/ Messmer N.29 zu § 302 und N.15 zu § 272 ZPO.

95 SR 281.35; Fritzsche/Walder 18 Rz 17; oben 12.1.5.

96 ZR 78 (1979) Nr.29.

97 De lege ferenda stellt sich diese Frage nur noch ganz ausnahmsweise, wenn über die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche ausserhalb der New Yorker Konvention zu entscheiden ist.

98 Und des in unserem Zusammenhang irrelevanten NAG, oben 2.2.3.

99 Fritzsche/Walder 19 Rz 27; Niedermann 12 und 99; Perret 246; Probst 25; BGE 54 I 523.

100 Ebenso beim Exequatur- und beim Vollstreckungsrichter; oben 12.4.3.

Meinungen hierzu sind geteilt. Während Fritzsche (101) diese Möglichkeit verneint, bejaht sie Guldener (102).

Ich schliesse mich der letzteren Meinung an. Ist nämlich der Kanton befugt, über Anerkennung und Vollstreckung in eigener Kompetenz zu befinden, so darf er die Vollstreckbarerklärung von einem formellen Exequatur abhängig machen und das Verfahren wie auch die Zuständigkeit hierfür frei vorschreiben. Solange das Exequatur nicht erteilt ist, liegt nämlich auch kein definitiver Rechtsöffnungstitel vor. Art.81 Abs.3 SchKG schränkt die Kantone nur für das Anwendungsgebiet der Staatsverträge ein (103). Diese Überlegung hat auch Auswirkungen auf die Rechtskraft und die räumliche Wirksamkeit der beiden Entscheide (104).

12.5.5.Separates Exequatur

Zumindest im Anwendungsbereich des kantonalen Vollstreckungsrechts dürfte es zulässig sein, ein blosses Exequatur zu verlangen ohne gleichzeitig oder anschliessend die Schuldbetreibung einzuleiten. Da es sich um eine Gestaltungsklage handelt, ist auch kein besonderes Feststellungsinteresse darzulegen. Andererseits ist nicht recht ersichtlich, wozu dies nützlich sein soll.

Die Zürcher Gerichte verfahren mit solchen Gesuchen recht pragmatisch und leiten sie direkt an das zuständige Betreibungsamt weiter oder retournieren sie mit dem Bemerken, ein separates Exequatur bringe keinen Nutzen, so dass empfohlen werde, die Betreibung einzuleiten und abzuwarten, ob der Schuldner Rechtsvorschlag erheben oder nicht (105). Im Anwen-

101 Fritzsche SchKG I 144.

102 Guldener IZPR 114 bei N.106 und 153; gleicher Meinung Panchaud/Caprez § 115 mit zahlreichen Belegen; ZR 57 Nr.149; Perret 246 bei N.6; Probst 25; offengelassen in SJZ 64 Nr.192.

103 Sträuli/Messmer N.5 zu § 302 ZPO.

104 Probst 134; vgl. oben 11.6.3. für die Rechtsöffnung; die Frage der Verbindlichkeit des Rechtsöffnungsentscheides für spätere Betreibungen ist jedoch strittig; vgl. Fritzsche/Walder 18 Rz 23 mit Nachweisen; Sträuli/Messmer N. 9 zu § 213 ZPO.

105 Rechtsauskunft des Bezirksgerichtes Uster vom 17.September 1982 in Sachen Z. (unveröffentlicht).

dungsbereich des Bundesrechts als materiellem Anerkennungsrecht ist ein separates Exequatur ohnehin unzulässig (106).

12.5.6. Prozessuales

Örtlich zuständig ist von Bundesrechts wegen zwingend der Richter am Betreibungsort (107). Die sachliche Zuständigkeit wird von der kantonalen Gerichtsorganisation bestimmt. Zumeist wird wegen des summarischen Charakters dieses Verfahrens ein Einzelrichter für kompetent erklärt (108).

Gemäss Art.84 SchKG "entscheidet der Richter nach Einvernahme der Parteien binnen fünf Tagen seit Anbringung des Begehrens". Diese Regelung impliziert ein schnelles, summarisches Verfahren, das sich auf je einen und erst noch fakultativen Parteivortrag beschränkt. Das Verfahren ist deshalb relativ schnell und einfach, auch wenn die gesetzliche fünftägige Frist im Normalfall illusorisch (109) bleibt. Weder die Anwesenheit des Gläubigers noch des Schuldners ist erforderlich. Der Rechtsöffnungskläger kann sich damit begnügen, den Vollstreckungstitel mit einem knappen Begehren um Erteilung der Rechtsöffnung einzureichen (110). Diese Ordnung beruht darauf, dass ein inländischer definitiver Rechtsöffnungstitel zumeist für sich selber spricht.

Aber auch bei einem ausländischen Urteil genügt zunächst die Einreichung des Titels, gegebenenfalls begleitet von einer Übersetzung. Erst wenn der Beklagte Einreden erhebt oder behauptet, die Anerkennungsvoraussetzungen seien nicht gegeben, ist dem Kläger Frist anzusetzen, die nötigen Urkunden vorzulegen oder sonstige Beweismittel zu benennen (111).

106 Niedermann 36; Probst 24 und 137; oben 12.5.3.

107 Fritzsche/Walder 18 Rz 14; BGE 76 I 48.

108 Vgl. etwa ZH 213 Ziff.2.

109 Der Verfasser musste sich kürzlich von der Kanzlei des Pretore von Lugano sagen lassen, sein Rechtsöffnungsbegehren könne wegen Überlastung frühestens in zwei Jahren an die Hand genommen werden; vgl. auch oben Note 76.

110 Fritzsche/Walder 18 Rz 16.

111 ZH 210; vgl. Sträuli/Messmer N.8 zu § 213 ZPO.

12.5.7. Tilgung, Stundung, Verjährung

Selbstverständlich muss im Vollstreckungsverfahren der materielle Untergang der Forderung oder die vertragliche Hinausschiebung der Fälligkeit berücksichtigt werden (112). Dies gilt bei ausländischen Urteilen ebenso wie bei inländischen (113). Im Rechtsöffnungsverfahren wird allerdings ein Beweis durch Urkunden verlangt. Auch der Eintritt der Verjährung (114) muss geltend gemacht werden können. Allerdings betreffen diese Abwehrmöglichkeiten des Schuldners nicht die Frage, ob ein ausländisches Urteil vollstreckbar sei, sondern die Durchführung der Zwangsvollstreckung als solche. Die Einreden der Tilgung, Stundung oder Verjährung sind demnach in gleicher Weise geltend zu machen wie bei einem inländischen Urteil, nämlich im Rahmen des eigentlichen Zwangsvollstreckungsverfahrens. Am anschaulichsten kann dies anhand der Stundung erläutert werden : das Urteil kann für vollstreckbar erklärt werden, die Rechtsöffnung ist aber zu verweigern, bis die Fälligkeit eingetreten ist.

112 Fritzsche/Walder 19 Rz 20; Vogel 15 N 19.

113 Art. 81 Abs. 1 SchKG; Ammon 125; Kaufmann-Kohler 217; Probst 134 und 139 ff; vgl. aber auch BS 258 Abs. 8.

114 Diese untersteht der materiellen lex fori.

12.6.Rechtsmittel

12.6.1.Ordentliche kantonale Rechtsmittel

Nur wenige Kantone (115) sehen für das **Exequatur** ein zweistufiges Verfahren vor. Im Rekursverfahren können dann sowohl selbständige Exequaturentscheide wie auch solche, die anlässlich eines Rechtsöffnungsentscheides gefällt worden sind, überprüft werden und zwar unabhängig davon, ob das Exequatur im Dispositiv einen Niederschlag gefunden hat oder ob es als blosser Vorfrage betrachtet worden ist (116).

Rechtsöffnungsentscheide sind hingegen - auch wenn dies von Bundesrechts wegen mit gewissen Einschränkungen statthaft wäre - in keinem Kanton durch ordentliche Rechtsmittel des kantonalen Rechts anfechtbar (117).

Nun wird aber im Normalfall über das Exequatur und über die Rechtsöffnung gleichzeitig entschieden, im Anwendungsbereich von Staatsverträgen sogar ausnahmslos. In diesem Fall ist der Exequaturentscheid vom Rechtsöffnungsentscheid zu trennen. Auch wenn beide Teilentscheide vom selben Richter gefällt wurden untersteht jeder den "eigenen" Rechtsmitteln, wie wenn er separat gefällt worden wäre (118).

12.6.2.Ausserordentliche kantonale Rechtsmittel

In Kantonen, die ein einstufiges Exequaturverfahren kennen und die den Entscheid zumeist dem kantonalen Obergericht überlassen, fällt ein ordentliches Rechtsmittel naturgemäss ausser Betracht. Hier sind nur ausserordentliche Rechtsmittel wie die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde und Revision (119)

115 ZH 272 Abs.2 Ziff.3 nach Massgabe des Streitwertes; SO 323 Abs.3; ZG 226; SH 354 Ziff.5 lit.b.

116 Hierzu Sträuli/Messmer N.29 zu § 302 ZPO.

117 Guldener IZPR 117; Thorens 171; Petitpierre 30; Ein kantonales Rechtsmittel ist zulässig, es darf jedoch die provisorischen Wirkungen der Rechtsöffnung gemäss Art.83 Abs.1 SchKG nicht hindern, vgl. Fritzsche/Walder 18 Rz 19.

118 ZH 272 Abs.2 Ziff.3; Sträuli/Messmer N.29 zu § 302 und 15 zu § 272 ZPO.

119 Bsp. UR 295 Abs.1 : Obergericht als einzige Exequaturinstanz; 278 Abs.1 : Nichtigkeitsbegehren an (Gesamt-)Obergericht; 279: Revision.

oder die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht (120) gegeben.

Aber auch im Kanton Zürich spielt insbesondere die Nichtigkeitsbeschwerde eine grosse Rolle. Sowohl der Rekursentscheid des Obergerichtes betreffend Exequaturerteilung als auch der Rechtsöffnungsentscheid des Einzelrichters unterliegen diesem - formell betrachtet - ausserordentlichen Rechtsmittel. Auf diesem Wege können zwar nur die im Gesetze (121) ausdrücklich genannten Nichtigkeitsgründe gerügt werden, die Verletzung der zürcherischen Anerkennungsregeln gemäss § 302 ZPO wird vom Kassationsgericht jedoch regelmässig als Verletzung klaren materiellen Rechts betrachtet. Durch diese de facto freie Kognition des Kassationsgerichtes in Vollstreckungsfragen kann für den Kanton Zürich sogar von einem dreistufigen (122) Exequaturverfahren gesprochen werden (123).

12.6.3. Berufung an das Bundesgericht

Eine Berufung an das Bundesgericht (124) ist weder gegen den Exequaturentscheid noch gegen die Erteilung der Rechtsöffnung gegeben, da keine "Zivilsache" vorliegt (125). Beide Entscheide stellen als Teil des Prozessrechts Öffentliches Recht dar und scheiden deshalb aus. Aus dem selben Grund sind auch kantonale rechtliche Rechtsmittel in Zivilsachen (Berufung, Beschwerde) nicht gegeben, ebensowenig wie die Menschenrechtsbeschwerde wegen Verletzung von Art. 6 EMRK (126).

Wird die Anerkennung oder Vollstreckbarkeit nur vorfrageweise beurteilt, erwächst diese Entscheidung nicht in Rechtskraft und kann deshalb auch nicht selbständig mit einem Rechtsmit-

120 Fritzsche/Walder 18 Rz 21; Sträuli/Messmer N.10 zu § 213 ZPO; Beispiele : BGE 95 I 313; 58 I 367.

121 ZH 281 : drei Nichtigkeitsgründe : 1. Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes, 2. aktenwidrige oder willkürliche tatsächliche Annahme oder 3. Verletzung klaren materiellen Rechts.

122 Bei kleinem Streitwert nur zweistufig.

123 Vgl. den oben 5.3.1. zitierten Fall.

124 Art. 43ff OG; Walder ZPR 39 Rz 78; aus dem selben Grund ist auch die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde gemäss Art. 68 OG ausgeschlossen; Walder ZPR 39 Rz 125; Niedermann 187f.

125 Guldener IZPR 117 bei N.123 und 167 bei N.204; Fritzsche/Walder 18 Rz 21; Niedermann 184; Thorens 171.

126 Niedermann 188.

tel angefochten werden, sondern nur zusammen mit dem Hauptentscheid in dem hierfür vorgesehenen Rechtsmittelverfahren (127). So ist gegen die Eintragung in das Zivilstandsregister die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht (128), gegen Fehler der Betreibungs- und Konkursämter bei der vorfrageweisen Anwendung des Anerkennungsrechts die betreibungsrechtliche Beschwerde gegeben (129).

12.6.4. Staatsrechtliche Beschwerde

Im Anwendungsbereich von Staatsverträgen des Bundes kann die Verletzung des einschlägigen Staatsvertrags bei allen Verfahrensarten mit der "**Staatsvertragsbeschwerde**" (130) geltend gemacht werden. Das Bundesgericht überprüft die Übereinstimmung mit dem Staatsvertragsrecht frei, ist also nicht auf Willkürprüfung beschränkt (131). Zudem muss der kantonale Instanzenzug nicht erschöpft werden (132).

Die staatsrechtliche Beschwerde ("**Verfassungsbeschwerde**") ist auch gegeben, um die Verletzung der Gerichtsstandsgarantie des Art.59 BV zu rügen (133). Da diese Verfassungsbestimmung nicht eine direkte Zuständigkeit statuiert sondern nur die Abgrenzung von Gerichtshoheiten bezweckt, ist die Zuständigkeitsbeschwerde nicht zulässig (134).

Im Gegensatz Staatsvertragsrecht stehen Entscheide gestützt auf kantonales Anerkennungsrecht. Da die Kantone frei sind, in ihrem Zuständigkeitsbereich ausländischen Urteilen das Exequatur zu gewähren oder auch nicht, kommt ein vollkommenes bundesrechtliches Rechtsmittel nicht in Frage. Der letztinstanzliche Exequaturentscheid untersteht jedoch wie jeder kantonale Hoheitsakt der "**Willkürbeschwerde**", der staats-

127 Guldener IZPR 167 bei N.207.

128 Art.97ff OG; BGE 94 I 235ff; 87 I 464ff; Niedermann 187.

129 Art.19 SchKG; BGE 63 I 240; 63 III 98; Guldener IZPR 167 N.206; Niedermann 187; allgemein : Fritzsche/Walder 8 Rz 10ff.

130 Art. 84 Abs.1 lit.c OG; hierzu Marti § 8; ausdrücklich Belgien 8 Abs.2; vgl. Häfelin/ Haller 487; Praxis des Bundesgerichtes zusammengetragen bei Dutoit/Knoepfler passim.

131 Birchmeier 329; Perret 272 unten; BGE 83 I 20; 82 I 245 E.1; 81 I 142 E.1; vgl. Häfelin/Haller 497; Niedermann 186.

132 Art.86 Abs.3 OG.

133 Art.49 OG.

134 Art.84 Abs.1 lit.d OG; Marti § 9.

rechtlichen Beschwerde wegen Verletzung des Art.4 BV. Im Gegensatz zur Staatsvertragsbeschwerde muss bei der Willkürbeschwerde der kantonale Instanzenzug also erschöpft sein. Das Bundesgericht hat trotz der auf Willkürprüfung beschränkten Kognition (135) eine reichhaltige Praxis (136) entwickelt und zahlreiche strittige Fragen geklärt. Andererseits hat diese Einschränkung auch schon zu schwer verständlichen Entscheiden geführt. Dies gilt etwa für die beiden mehrfach erwähnten Parallelentscheide (137) betreffend die Frage, ob die Zustellung des Urteils Bedingung für den Eintritt der Rechtskraft darstellt. Der (im Armenrecht prozessierende) deutsche Anerkennungsbeklagte dürfte es schwerlich verstanden haben, dass die selbe Rechtsfrage vom Bundesgericht - unter Berufung auf die eingeschränkte Kognition - gleichentags gegensätzlich entschieden wurde.

135 Perret 272 unten.

136 Vgl. Panchaud/Caprez § 117.

137 Unveröffentlichte Bundesgerichtsentscheide vom 19.12.1979; oben 5.3.1.

Stichwortverzeichnis

A

Actio iudicati 21
Äquivalent 174
Adhäsionsurteil 52, 54
Anerkennung
 als Vorfrage 196
 Begriff 6
 Grenzen 179
 in Drittstaaten 171
 Umfang 178
 und Vollstreckung 177
 Voraussetzungen 28
 Wesen 173
Anerkennungsfähigkeit 8
Anerkennungsprognose
 und Rechtshängigkeit 164
Anerkennungsrecht
 des Bundes 26
 kantonales 28
Anerkennungsstaat
 Begriff 7
Anerkennungszuständigkeit 102
Anti-trust 74, 151
Arrest 68
Arrestprosequierung 183
Ausländer 170

B

Begriffe 6
Bereicherungsklage
 bei Nichtanerkennung 189
Beschwerde
 staatsrechtliche 212
Beweislast 194
Binnenbeziehung 149, 151, 159
Bundesbrief 14
Bundesrecht
 autonomes 26
Bürgerschaft 154

D

Doppelzustellung 134

E

Effet atténué 153
Einlassung 115
 durch Vergleichsabschluss 120
 durch Widerklage 118
 vorbehaltlose 115, 126
Embargo 151
Endgültigkeit 77
Entscheid
 Arrest 68
 kartellrechtlicher 74
 Konkurs 69
 Produktehaftpflicht 75
 Schuldbetreibung 67
 Sozialversicherung 65
 Staatsrecht 63
 Steuerrecht 65
 Strafrecht 66
 Verwaltungsrecht 64
Erststaat
 Begriff 7
Eröffnung
 des Urteils 83
Eventualanträge 168
Exequatur
 als Vorfrage 201
 Begriff 7
 Rechtsmittel 210
 reductif 181
 selectif 180, 181
 separates 207
 Verfahren 29, 141, 190
 Verfahrensarten 200
Exterritorialität 24

F

Favor recognitionis 31
Feststellungsklage 197
Forum shopping 158
Fraudulent conspiracy 175
Freiwillige Gerichtsbarkeit 73

G

Garantieprinzip 31
Gegenrecht 21, 136-146
 elastisches 138
 fakultatives 137
 Nachweis 142
 obligatorisches 137
 partiell 141
Gegenseitigkeit
 siehe Gegenrecht
Gericht 37
 Arbeitsgericht 39
 Ausnahmegericht 39
 geistliches 39
 Nationalität 39
 Verwaltungsgericht 39
Gerichtsbarkeit 1, 102
Gerichtsstandsgarantie 107
Gerichtsstandsrecht 103
Gerichtsstandsvertrag 111, 115
Gerichtsstände
 ausschliessliche 106
 zwingende 106
Gerichtsurteil 35
Gleichstellungstheorie 174
Gute Sitten 154
Günstigkeitsprinzip 31

H

Handelssache 62
Hinkende Ehen 14

I

Ignorierung 19
Immunität 24
Interessen
 der Parteien 12
 des Anerkennungsstaates 14
 des Urteilsstaates 13
IPR 18
 und Vollstreckung 169
IPRG 23, 27
 proz. ordre public 158
 Rechtshängigkeit 163
 Res iudicata 160
 und Gegenrecht 145
IZPR 23

K

Katalog von Voraussetzungen 21
Klageanerkennung 42
Klagenhäufung 180
Klagerückzug 42
Kollisionsrecht
 und Vollstreckung 168
 Schiedsspruch 56
Konkurs
 Bayern 72
 Frankreich 71
 Württemberg 71
Konventionen
 bilaterale 26
 multilaterale 25
Kostenentscheid 50, 52
Kostenpunkt 8

L

Ladung 122, 135
Lex causae 169
Lex fori 178
Lex Friedrich 168
Litispendenz 160, 162
Long-arm-jurisdiction 99

M

Mäklerlohn 151

N

NAG 26, 169
New Yorker Konvention 55
Nichtnachprüfung
 des Tatbestandes 20
 des ordre public 22

O

Obligationenrecht 62
Offizialmaxime 157
Order-14-Verfahren 17
Ordre public 22, 147-159
 kollisionsrechtlicher 153
 materieller 150
 prozessualer 155

P

Postzustellung
 der Ladung 134
 des Urteils 92
Pre-trial-discovery 17
Privilegien
 diplomatische 24, 102
Problemstellung 1
Produktehaftpflicht 151
Prorogation 111-115
Prozessmaximen 193
Prozessstaat
 Begriff 7
Prozessualer renvoi 171
Prozessurteil 36
Prozessökonomie 16
Punitive damages 74, 151

R

Raubsystem 70
Rechtshilfeweg 123
 diplomatischer 131
 Haager Konvention 132
Rechtshängigkeit 162
Rechtskraft 76, 77
 formelle 78
 materielle 93
Rechtskraftzeugnis 191
Rechtsmittel 79, 210
 ausserordentliche 81
 ordentliche 80
Rechtsquellen 23
Rechtsquellenkonflikte 30-34
Rechtsöffnungsverfahren 203
Relativität
 des ordre public 149
Res iudicata 160
Retorsion 2
Rückforderung
 bei Nichtanerkennung 189
Révision au fond 19, 141, 148, 181

S

Sachurteil 36
Schiedsspruch 54, 193ff.
SchKG 27
Sondergerichte 39
Souveränität 6, 14
Spiegelbildprinzip 104-107
Spiel und Wette 151, 154
Staatsangehörigkeit
 der Parteien 170
Staatsvertragsbeschwerde 212
Staatsverträge
 und Gegenrecht 143
Stadien der Rechtsdurchsetzung 4
Stundung 209

T

Teilanerkennung 179
Territorialitätsprinzip 69
Tilgung 209
Transformation 174
Treu und Glauben
 und ordre public 158
Typisches Beispiel 3

U

Universalitätsprinzip 70
Unmöglichkeit
 der Vollstreckung 167
Urkunden 192
Urteilsstaat 7

V

Verfahren 9
Verfahrensrecht 29
Verfassungsbeschwerde 212
Vergleich 41, 193
Verjährung 182, 209
Verstaatlichung 151

Versäumnisurteil 125
Verwaltungsbehörde 38
Verweigerungsgründe 22, 28
Vollstreckbarerklärung
 Begriff 7
 Wesen 176
Vollstreckbarkeit 77, 96
 als Vorfrage 196
 aufgeschobene 96
 vorläufige 97
Vollstreckung
 Begriff 7
 teilweise 75
 Umfang 178
 und Anerkennung 177
Vollstreckungsfähigkeit 166
Vollstreckungsstaat 7
Vollstreckungsverträge 26
Vorbehaltsklausel
 (ordre public) 147
Vorfrage 195
Vorladungsfrist 126
Vorsorgliche Massnahme 45, 50
Völkerrecht 24

W

Widerklage 118, 121, 122, 130
Willkürbeschwerde 212
Willkürverbot
 und ordre public 159

Wirksamkeit
 räumliche 186
Wirkung der Anerkennung 172
Wirkungserstreckungstheorie 174
Wucherzins 150, 151

Z

Zivilsache 60, 62
Zivilurteil
 Definition 35
Zustellung
 der Ladung 131ff.
 des Urteils 83, 93
 durch Anwälte 135
 durch Konsularbeamte 135
 per Post 134
 qualifizierte 133
Zustellungssurrogate 90
Zuständigkeit
 des Urteilsgerichtes 98
 direkte 102, 104
 indirekte 105
 internationale 23
 zum Exequatur 199
Zwangsvollstreckung 7
Zweitstaat
 Begriff 7
Zwingendes Recht
 Umgehung 16
 und ordre public 154

Lebenslauf

- 1957 Geboren in Gottwaldov (Mähren), Tschechoslowakei.
- 1968 Flucht der Familie in die Schweiz, politisches Asyl.
- 1970 Eintritt ins Gymnasium Freudenberg, Zürich.
- 1976 Matur Typus B.
- 1978 Beginn des jur. Studiums an der Universität Zürich.
- 1981 Aufnahme ins Schweizer Bürgerrecht.
- 1983 Lic.iur.
- 1986 Rechtsanwaltsprüfung.
- 1986 Dr.iur.
- Seit 1983 Anstellung im Advokaturbüro Dres Schürmann Rausch & Rohrer in Zürich.

